Der Tatbestand des arglistigen Verschweigens in den §§ 459—493 im Verhältnis zu dem der arglistigen Täuschung des § 123 des BGB.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Landesuniversität Rostock

vorgelegt

von

Alfred Backhausen,

Referendar am Kgl. Landgericht zu Bonn.

Bonn,

Carl Georgi, Universitäts-Buchdruckerei.

1903.

Meiner Mutter.

Disposition.

Seite

§ 1. Einleitung: Das BGB. verwendet die Begriffe „arglistige Täuschung“ und „arglistiges Verschweigen“, gibt von ihnen aber keine Definition 7—12

I. Teil: Der objektive Tatbestand.

§ 2. A. Der Wortsinn der Begriffe „arglistige Täuschung“, „arglistiges Verschweigen“.

B. Die Tatbetandsmerkmale, wie sie sich aus der Verbindung des Wortsinnes der genannten Begriffe mit dem, welchen ihre Stellung im Gesetz und der logische Zusammenhang ihnen zuweist, ergeben 13. 14

§ 3. I. Das äussere Verhalten
a. des Täuschenden,
b. des Verschweigenden . . . . . 14—28

§ 4. II. Der Erfolg
a. der Täuschung,
b. des Verschweigens . . . . . 28—37

§ 5. III. Die Rechtswidrigkeit
a. der Täuschung,
b. des Verschweigens . . . . . 37—53

II. Teil: Der subjektive Tatbestand.

§ 6. A. Das innere Verhalten des Arglistigen — Arglist ist gleich Vorsatz. — Die Arglist wird durch ein gutes Motiv nicht ausgeschlossen . . . , 53—58

§ 7. B. Die Beziehung zwischen dem innern Verhalten des Arglistigen und dem Erfolg . . . . . 58—62

§ 8. C. Die Beziehung zwischen dem innern Verhalten und der Rechtswidrigkeit 62. 63

Abschliessende Erörterungen:

§ 9. I. Die Definitionen der arglistigen Täuschung und des arglistigen Verschweigens und Vergleich beider Begriffe mit dem Betrug des § 263 StGB. 63—67

§ 10. II. Was gehört für die Partei, welche ein arglistiges Verhalten der Gegenseite behauptet, zum Beweise? . . . . . 67—70

§ 11. III. Die praktische Bedeutung und der Grund der rechtlichen Auszeichnung des „arglistigen Verschweigens“ . . . . . 70—73

Einleitung.

§ 1. Das BGB. verwendet die Begriffe „arglistige Täuschung“ und „arglistiges Verschweigen“, gibt von ihnen aber keine Definition.

An verschiedenen Stellen bezeichnet das Bürgerliche Gesetzbuch ein bestimmtes Verhalten als arglistig und zwar unterscheidet es hierbei zwischen „arglistiger Täuschung“ und „arglistigem Verschweigen“. Diesen Fällen ist die Tatsache gemein, dass demjenigen, dem gegenüber arglistig verfahren wurde, weitgehende Rechte gegeben sind, um die Folgen, welche ihm durch die arglistige Handlung der Gegenseite erwachsen sind oder entstehen könnten, abzuwenden.

Von diesen Begriffen tritt uns zunächst die arglistige Täuschung im Gesetz entgegen und zwar schon in dessen allgemeinem Teil.

Dort bestimmt § 123 Abs. 1:

„Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung ..... bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten.“

Der zweite Absatz fährt fort:

„Hat ein dritter die Täuschung verübt, so ist eine Erklärung, die einem andern gegenüber abzugeben war, nur dann anfechtbar, wenn dieser die Täuschung kannte oder kennen musste. Soweit ein Anderer als derjenige, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben war, aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat, ist die Erklärung ihm gegenüber anfechtbar, wenn er die Täuschung kannte oder kennen musste.“

Der folgende Paragraph (§ 124) trifft Bestimmungen über die Fristen, innerhalb deren eine Anfechtung zu erfolgen hat.

Aus der Stelle, an welcher die arglistige Täuschung im Gesetze Platz gefunden hat, geht hervor, dass den Wirkungen dieses Paragraphen alle Rechtsverhältnisse unterworfen sind, welche durch arglistige Täuschung zur Entstehung gelangt sind.

Einzelne, besondere Normen sind für das Recht der Schuldverhältnisse, das Familien- und Erbrecht gegeben. So regelt § 318 die Anfechtung einer einem Dritten überlassenen Bestimmung der Leistung, während die §§. 1334 und 1337 die Fälle, in denen ein Ehegatte zur Eingehung der Ehe und § 1599 den, dass ein Ehegatte zur Anerkennung der Ehelichkeit eines Kindes durch arglistige Täuschung bestimmt worden ist, behandeln. Schliesslich erklärt § 2339, 3 denjenigen, welcher den Erblasser durch arglistige Täuschung bestimmt hat, eine Verfügung von Todeswegen zu errichten oder aufzuheben, für erbunwürdig.

Im Gegensatz zur arglistigen Täuschung findet sich das arglistige Verschweigen in der Hauptsache auf das Gebiet des Rechtes der Schuldverhältnisse beschränkt; insbesondere wird der Begriff angewendet bei der Regelung des Kaufes; ferner bei der der Miete (540), wie der Pacht (581), der Leihe (600) und des Werkvertrages (637).

Aber auch bei der Schenkung, welche sich von dem Kauf nur dadurch unterscheidet, dass der Umsatz der Güter sich unentgeltlich vollzieht, kehrt der Begriff wieder (so in § 523 und 524). Dementsprechend gilt er auch für die Schenkung von Todeswegen (§ 2385 Abs. 2) und auch für das Vermächtnis einer nur der Gattung nach bestimmten Sache (2183).

Alle diese Fälle des Verschweigens stimmen darin überein, dass es sich in diesen stets um einen Fehler der

überlieferten Sache handelt, sei es ein physischer Fehler oder ein solcher im Recht. Am wichtigsten ist hierbei der Einfluss des arglistigen Verschweigens auf dem Gebiete desjenigen Rechtsverhältnisses, welches uns täglich beschäftigt, ich meine den Kauf.

Da es unsere Aufgabe sein soll, das arglistige Verschweigen der § 459—493, d. h. in dem Abschnitt, welcher die Haftung des Verkäufers für Fehler und Mängel der Sache regelt, der arglistigen Täuschung gegenüber zustellen, müssen wir kurz den Einfluss des arglistigen Verschweigens in jenen Paragraphen beleuchten.

Wenn der Verkäufer einen Fehler der in § 549, 1 bezeichneten Art arglistig verschwiegen hat, so haftet er nach § 460 Satz 2 auch, wenn dem Käufer der Fehler infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Nach § 463 Satz 2 kann der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der Verkäufer einen Fehler der verkauften Sache arglistig verschwiegen hat. Paragraph 476 bestimmt, dass eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache erlassen oder beschränkt wird, nichtig ist, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Paragraph 477, 1 Satz 1 setzt fest, dass die kurzen Verjährungsfristen bei Vorliegen von arglistigem Verschweigen nicht Platz greifen. Nach § 480, 2 ist der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache, falls dieser zur Zeit des Gefahrenübergangs eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, oder der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat, berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Die § 478, 2, 479 Satz 2, 485 letzter Satz haben das Gemeinsame, dass bei Vorliegen von arglistigem Verschweigen ein bestimmtes Versäumnis dem Käufer nicht schadet; so bleibt, auch wenn die in § 478, 1 geforderte Mängelrüge unterlassen ist, das Ein-

rederecht aus § 478, 1, wie auch der Anspruch auf Aufrechnung des Schadensersatzes aus § 479, bestehen; in gleicher Weise verliert nach § 485, 1 der Käufer nicht seine Rechte aus § 487.

Angesichts der grossen Bedeutung, welche offenbar den beiden Begriffen innewohnt, erscheint es auffallend, dass das Gesetz nirgends diese definiert.

Jedoch erklärt sich diese Erscheinung dadurch, dass das BGB. seinem Charakter als Gesetzbuch entsprechend Definitionen nur äusserst selten gebraucht, sondern vielmehr diese Aufgabe der Wissenschaft überlässt.

Es liegt nahe den Versuch zu machen, aus der Entstehungsgeschichte der einzelnen Paragraphen eine Definition der arglistigen Täuschung oder des Verschweigens zu gewinnen.

Was zunächst den Begriff der arglistigen Täuschung angeht, so ist dieser erst durch die zweite Kommission ins Gesetz aufgenommen worden. Der erste Entwurf hatte in dem § 103 — der dem jetzigen § 123 entspricht — das Wort „Betrug". Zu der Beseitigung dieses Wortes und seinem Ersatz durch die jetzige Fassung erwähnen die Protokolle (I. S. 119), dass man durch die Aufnahme von „arglistig" feststellen wollte, dass sich der civilrechtliche und strafrechtliche Betrug nicht immer decken, da ja im Civilrecht der Anfechtende nicht notwendig einen Vermögensschaden erlitten zu haben braucht.

Durch die Terminologie des Gesetzes steht fest, dass auf jeden Fall der Begriff des civilrechtlichen Betruges weiter ist als der des strafrechtlichen. Eine positive Bestimmung darüber, was das Gesetz unter „civilrechtlichem Betrug" versteht, ist aber nicht zu finden.

Die Motive (I. 208) begnügen sich mit der Angabe, dass im allgemeinen sich jeder arglistige Verstoss gegen die Grundsätze von Treu und Glauben zum Nachteil eines

andern als Betrug darstellt. Dies ist jedoch mehr eine Umschreibung, als eine Erklärung. Denn der Hauptbegriff „arglistiger Verstoss“ ist nicht erklärt. Ähnlich dürftig ist die Auskunft, die uns die Entstehungsgeschichte des Begriffes „arglistiges Verschweigen“ liefert.

Dem I. Entwurf war dieser noch unbekannt, erst der II. Entwurf nimmt den Begriff dauernd auf. Wie die Protokolle zu § 396, jetzt 476, bemerken, wurde hier „arglistig“ für „willentlich“ eingefügt, mit dem Zwecke, die Fälle auszuscheiden, in denen der Verkäufer im guten Glauben unterlassen hat, einen ihm bekannten Mangel besonders hervorzuheben: „Es könne möglich sein, dass unter stillschweigender Berücksichtigung des Mangels der Preis entsprechend billig festgesetzt worden sei“ [1]). Ähnlich äussern sich die Protokolle zu § 380, jetzt 443, wo auch betont wird, dass der Verkäufer möglicherweise gutgläubig gewesen sein kann.

Ausführlicher und deutlicher sprechen sich die Motive an einer Stelle aus, wo jetzt der Begriff „arglistig“ verschwunden ist, nämlich in dem § 604 des I. Entwurfes: „Wer einem andern einen Rat oder Empfehlung erteilt, haftet .... nur dann, wenn er arglistig gehandelt hat.“

Zur Erklärung bemerken sie (II. S. 554/5), die Unverbindlichkeit einer Auskunft oder Empfehlung erleide eine Ausnahme nach den gemeinrechtlichen Grundsätzen der actio doli, wenn der den Rat oder Empfehlung Erteilende arglistig gehandelt habe. Er hafte in diesem Falle aus seinem Delikt, nämlich auf Grund seiner Arglist. Hiernach setzen also die Motive die Arglist dem Dolus gleich.

---

1) Vergl. Bernhöft (Kauf, Miete und verwandte Verträge im Entwurf) S. 35, wo er sich billigend über die Aufnahme von „arglistig“ ausspricht, weil der Richter jetzt die Möglichkeit erhalte, die verschiedenen Umstände nach freiem Ermessen zu berücksichtigen.

Wenn hier auch nicht der Platz ist, auf den Dolusbegriff des Nähern einzugehen, sei soviel erwähnt, dass wir uns der von Dernburg [1]) gegebenen Definition, welche auch dem Dolus im Sinne der Motive entsprochen wird, anschliessen [2]). Diese lautet folgendermaesen: „Betrug — Dolus im engeren Sinne — ist absichtliche, schädigende Täuschung durch Vorspiegelung falscher oder durch Unterdrückung wahrer Tatsachen."

Diese Definition trifft aber für den Begriff der Arglist im Sinne des BGB. nicht zu. Denn das Gesetz hat mit dem römischen Dolusbegriff und seinen Abarten gebrochen und mit der Aufstellung des vorsätzlichen Verschuldens eine einheitliche, civilrechtliche Schuldlehre geschaffen [3]) [4]). Nur durch eine genaue Prüfung des Wortsinnes der „arglistigen Täuschung" und des „arglistigen Verschweigens" in Verbindung mit dem Sinn, den die Stellung dieser Begriffe im Gesetz selbst ihnen gibt, werden wir alle Tatbestandsmerkmale erhalten. Bei dieser Untersuchung wird der in die Entstehungsgeschichte gemachte Exkurs uns wertvoll sein.

Im folgenden werde ich der Disposition [5]) folgend die einzelnen Tatbestandsmerkmale beider Begriffe besprechen und am Schlusse jedes Paragraphen die Unterschiede wie die Punkte, in denen Täuschung und Verschweigen mit einander übereinstimmen, angeben.

---

1) Pandekten I. S. 240.

2) Vergl. Pernice, Labeo S. 208. 209.

2) Auf die Vorschläge von v. Liszt, Grenzgebiete S. 25, denen sich zunächst Zitelmann (Rechtsgeschäft II. S. 74/75) anschloss.

4) Vergl. Motive I. S. 280; Cosack BGB. I. S. 23; Bandel S. 66.

5) deren Anordnung vielfach der von Schiedges gewählten entspricht.

I. Der objektive Tatbestand.

§ 2. A. Der Wortsinn der Begriffe „arglistige Täuschung“ und „arglistiges Verschweigen“.

Unter Täuschung verstehen wir eine Beeinflussung einer Person derart, dass mit deren Vollendung diese getäuschte Person nicht mehr in der Lage ist, gewisse Umstände richtig zu verstehen und richtig zu bewerten.

Täuschung besagt somit, dass durch ein Einwirken von aussen her in jemand eine falsche Vorstellung erregt wurde. Demnach ist die Täuschung bewirkt durch eine Täuschungshandlung, d. h. ein positives, irreführendes Tun.

Ganz verschieden hiervon ist der Wortsinn von Verschweigen. Dieses bedeutet: etwas nicht sagen = eine Mitteilung unterlassen, ist also gleich der Unterlassung einer Handlung, damit ein negatives Tun, durch welches einem andern etwas verborgen bleibt. Unentschieden lässt die wörtliche Erklärung beider Begriffe, ob der Täuschende aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit so handelt, resp. der Verschweigende die Mitteilung unterlässt. Während ein irreführendes Einwirken als unerlaubt angesehen werden muss, ist es sehr fraglich, ob dasselbe von dem Unterlassen einer Mitteilung zu gelten hat. Die Täuschung wie das Verschweigen sind somit recht farblose Begriffe. Durch die Hinzufügung von arglistig gewinnen aber beide Charakter und Leben.

Was verstehen wir unter „arglistig“?

List bezeichnet an sich nur die gewollte Verschleierung irgend welcher Handlung oder einer Absicht, welche unter Umständen von einem guten Motiv geleitet sein kann. Die Arglist stellt sich aber als eine List dar, welche entweder durch eine verwerfliche Absicht oder durch das angewandte gesetzwidrige oder unmoralische Mittel schlecht

gemacht worden ist [1]). Arglistig bezeichnet somit ein von dem Gesetz oder der Moral missbilligtes Verhalten.

Die arglistige Täuschung ist folglich eine gewollte, gesetzwidrige oder unmoralische Täuschung = Erregung einer falschen Vorstellung in einem andern durch das Verschleiern eines bestimmten Ums andes.

Arglistiges Verschweigen bezeichnet also ein gewolltes, unmoralisches oder gesetzwidriges Verschweigen = Nichtmitteilen eines Umstandes, auf dessen Mitteilung der Andere ein Recht hat.

Inwieweit die aus dem Wortsinn gewonnenen Anhaltspunkte zugleich Tatbestandsmerkmale im Sinne des Gesetzes sind, werden die folgenden Ausführungen lehren.

B. Die Tatbestandsmerkmale.

§ 3. a. Das äussere Verhalten des arglistig Täuschenden.

Eine Untersuchung des äusseren Verhaltens des Täuschenden, d. h. der Art und Weise, wie sich die Einwirkung einer Person auf die Vorstellung einer andern nach aussen hin zeigt, muss drei Hauptfragen behandeln.

1) Wer ist Subjekt der Täuschung, d. h. wer bewirkt durch sein Verhalten einen Irrtum im Gegner?
2) Was ist Objekt, d. h. über welche Umstände wird ein Irrtum erregt?
4) Durch welche Mittel gelangt die Täuschung zur Entstehung?

Subjekt der Täuschung ist der Täuschende selbst, im Regelfalle wird es die eine Vertragspartei — sei es diese selbst oder deren Vertreter — sein, welche sich der Täuschung bedient, um auf die Willensbildung des andern Teiles bestimmend einzuwirken.

---

1) Vergl. Gareis BGB. I. S. 149 Anm. 2 zu § 123.

Möglich ist aber ferner, dass ein Dritter, welcher einer der Parteien nahe steht, die Täuschung in das Leben gerufen, und die eine Vertragspartei sich ihrer nur bedient hat.

Die Partei, welche die Täuschung anwandte, oder von ihr wissentlich — dem die Unkenntnis aus grober Fahrlässigkeit gleich steht — Gebrauch machte, ist somit Anfechtungsgegner.

Als solche können auch dritte Personen inbetracht kommen, falls diese unmittelbar aus der Täuschung ein Recht erworben haben und ihnen die Täuschung bekannt war. Wenn es sich um nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen handelt, so richtet sich die Anfechtung gegen jeden, der unmittelbar aus dem Rechtsgeschäft Vorteile erlangt hat[1)2)]. Urheber der Täuschung und Anfechtungsgegner sind somit nicht immer dieselben Personen; so versagt z. B. gegen Ersteren, wenn er weder Vertragspartei ist noch Vorteile erlangt hat, die Anfechtung.

Beide Parteien, sowohl die, welche das Geschäft vorschlug, als auch die andere, welcher es angeboten wurde, können aktiv wie passiv an der Täuschung beteiligt sein. Es kann sowohl der Verkäufer sich der Täuschung bedient haben, um seine Ware teurer zu verkaufen, wie auch der Käufer, um diese billiger zu erwerben; in gleicher Weise kann der Geschenkgeber durch Täuschung den Beschenkten zur Annahme eines Danaergeschenkes, wie auch dieser den Schenker zum Vollzug der Schenkung einer wertvollen Sache bestimmt haben.

---

1) s. Matthiass I. § 55 S. 233; Goldmann u. Lilienthal I. § 39 S. 153; Kretzschmar S. 75/6; Cosack I. S. 214.

2) Die Anfechtung wirkt dinglich, wird allerdings durch die Vorschriften betreffend den Schutz gutgläubiger Dritter unterbrochen. Vergl. Goldmann und Lilienthal a. a. O. und § 45 S. 182 Anm. 11; Kretzschmar S 79.

Wenn wir uns nun fragen, was als Objekt der Täuschung inbetracht kommen kann, so beweist schon die Aufnahme des Begriffes in den allgemeinen Teil des Gesetzbuches, dass jedes Rechtsverhältnis den Folgen, welche das Gesetz an die Täuschung knüpft, unterworfen sein kann. Entsprechend ist auch das Anwendungsgebiet ein ungemein grosses und die verschiedensten Umstände können hiernach Objekte der Täuschung sein.

Nur auf einige Beispiele sei kurz hingewiesen. Am häufigsten dürfte wohl die Täuschung sich beziehen auf Vermögensverhältnisse, so über das Vorliegen, oder Freisein von Schulden, ferner auf Sacheigenschaften, wie über die Qualität und Brauchbarkeit einer Ware zu einem bestimmten Zweck — z. B. über die Verwendbarkeit des zu kaufenden Cements zu Wasserbauten. Oder es werden einer Person, vielleicht um dieser eine Stellung zu verschaffen, die verschiedensten Vorzüge nachgerühmt, so dem für ein Kontor zu engagierenden Kaufmann grosse Sprachenkenntnis oder Warenkunde, oder auch eine besondere gute Vorbildung.

Ähnlicher Art ist die Täuschung über die Herkunft einer Ware oder deren Verfertiger; so liegt in dem Angebot von Münzen — die in Wirklichkeit nur von Privaten angefertigte Medaillen sind — als offizielle Ulmer Dombauthaler „civilrechtlicher Betrug“ [1]). Hierher dürften auch die Fälle zu rechnen sein, in denen Gemälde oder sonstige Kunstwerke, sei es der bildenden oder der Tonkunst, als von einem bestimmten Meister herrührend verkauft werden, während in Wirklichkeit nur eine mehr oder minder gute Nachahmung vorliegt.

Als bekanntes Beispiel der jüngsten Zeit sei die Fälschung der Tiara des Saitaphernes erwähnt. Im kauf-

1) R. G. in Civils. Bd. 49 S. 422.

männischen Verkehr hat sich ein besonderer Fall der Täuschung, nämlich über die geschäftliche Lage einer Firma, die Grösse und Zahlungsfähigkeit ihres Kundenkreises, ausgehend von mehr oder minder zuverlässigen Auskunftsbureaus, herausgebildet.

Denkbar ist auch eine Täuschung über das behauptete Fehlen gewisser unerwünschter Eigenschaften oder Verhältnisse, dass z. B. eine Konzession verweigert worden, dass Jemand nicht frei von Krankheit, nicht mehr unbestraft sei. Schliesslich kann sich die Täuschung auch auf bestimmte Familienverhältnisse, wie eheliche oder adelige Geburt oder Zugehörigkeit zu einer bestimmten Familie beziehen.

Dass auch innere Tatsachen, wie Absichten, Motive, Meinungen als Objekte der Täuschung inbetracht kommen können, bedarf keiner weiteren Ausführung [1]).

In welcher Weise die Täuschung sich in dem Getäuschten vollzieht, wird bei Besprechung des Erfolgs der Täuschung behandelt werden. Hier ist nur kurz auf die Mittel, welche dazu dienen, den zu Täuschenden in den Irrtum hereinzuführen, oder ihn darin zu belassen, einzugehen.

Diese scheiden sich in objektive und subjektive Erklärungsmittel [2]).

Die ersteren bestehen in einem unmittelbaren Sagen oder Schreiben der Unwahrheit oder in einer Art der Übermittlung, wie die Technik sie uns im Druck, z. B. in der Zeitung, dem Telephon, dem Telegraphen u. s. w. gewährt. Die Verwendung eines Boten ist auch als objektives Erklärungsmittel anzusehen. Diese entsprechen dank ihrem mehr positiven Charakter und ihrer dadurch bedingten

---

1) s. Heilbronner S. 9—16.
2) Zitelmann, Das Recht des BGB. I. S. 89.

geringeren Zweideutigkeit der Täuschung, wie sie durch ein positives Handeln bewirkt wird.

Im Gegensatz hierzu sind die subjektiven Erklärungsmittel, denen also nur in bestimmten Fällen Erklärungswert beizulegen ist, vermöge ihres konkludenten Charakters mehr der negativen Seite der Täuschung, dem Unterlassen der Aufklärung verwandt.

Wenn nämlich jemand eine Mitteilung nicht macht, die Gegenpartei also über den Punkt, welcher durch die Mitteilung aufgeklärt worden wäre, in Unkenntnis bleibt und eine irrige Anschauung behält, so ist dieses Unterlassen der Aufklärung unter bestimmten Verhältnissen gleich einem positiven Sagen, dass die vom Gegner vorgefasste Meinung richtig ist. Das Schweigen gilt somit als stillschweigende Willenserklärung [1]). Das äussere Verhalten besteht in diesem Falle nicht in einem Tun, sondern in einem Nichttun, welches aber gleich einer Täuschungshandlung zu beurteilen ist.

§ 3. b. Das äussere Verhalten des arglistig Verschweigenden.

Wenn wir das Verschweigen in den §§ 459—493 BGB. mit dem weiten Gebiete der Täuschung vergleichen, so stellt sich heraus, dass es sich hier — bei dem Verschweigen — um einen erheblich eingeschränkteren Begriff handelt. Und zwar zeigt sich diese Einschränkung in zwei Punkten.

Erstens kann als Subjekt des Verschweigens nur der Verkäufer, d. h. derjenige, welcher noch über den Verkauf verhandelt, inbetracht kommen und nur dieser ist Anfechtungsgegner.

---

1) Wendt, Unterlassungen S. 223. 232.

Hierbei verstehe ich unter Anfechtung auch die Geltendmachung der weiteren Ansprüche [1]).

Zweitens können als Objekt des Verschweigens, wie die Beschränkung des Verschweigens auf die § 459—493, welche die Gewährleistung wegen physischer Mängel der Sache regeln, uns lehrt, nur bestimmte Mängel in Frage kommen.

Gerade aber diese Beschränkung setzt uns in die Lage, viel genauer, als es bei der Täuschung möglich sein konnte, festzustellen, welche einzelne Fehler als Objekt des Verschweigens in den genannten Paragraphen anzusehen sind.

Wir haben deshalb im folgenden zunächst zu untersuchen, was als Fehler oder Mängel im Sinne der §§ 459—493, für welche der Verkäufer dem Käufer zu haften hat, aufzufassen ist; um dann mit der Antwort auf diese Frage auch alle Anwendungsfälle des arglistigen Verschweigens zu erhalten.

M. E. sind 3 Hauptgruppierungen von Fehlern oder Mängeln, welche verschwiegen sein können, zu machen.

I. Bei dem Sachkauf (§ 459, 480) — hier ist das Wort Sache im engern Sinne unter Ausschluss des Tierkaufes zu verstehen —.

a. Das Verschweigen kann sich beziehen auf einen Fehler, der den Wert oder die Tauglichkeit der Sache zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder mindert (§ 459, 1), oder

b. es betrifft das Fehlen einer vom Verkäufer zugesicherten — positiven oder negativen — Eigenschaft (§ 459, 2).

II. Bei dem Tierkauf, d. h. mit der Beschränkung auf

---

1) Vergl. S. 70 der Arbeit.

die in § 481 genannten Tiere (§ 481—492) sind folgende Fälle denkbar.

a. Ein Hauptmangel ist verschwiegen (§ 482).
b. Eine zugesicherte Eigenschaft ist nicht vorhanden (§ 490 und 492 erster Satz, zweite Hälfte).
c. Bei vertraglich erweiterter Gewährleistung ist ein Fehler, der nicht zu den Hauptmängeln gehört, verschwiegen (§ 492 erster Satz, erste Hälfte).

III. Bei kaufähnlichen Verträgen (§ 493) sind die gleichen Unterscheidungen zu machen [1]).

Allen diesen Fällen ist gemeinsam, dass der Käufer der verkauften Sache berechtigt ist, anzunehmen, dass der Gegenstand von bestimmten Fehlern frei ist oder gewisse Vorzüge hat.

Unter den in § 459, 1 angeführten physischen Fehlern sind zu unterscheiden solche, welche die Brauchbarkeit oder den Verkaufswert im allgemeinen schmälern und solche, deretwegen die Sache nicht dem Zwecke dienen kann, zu dem sie nach dem Vertrage erworben wurde.

Eine unerhebliche Minderung kommt hierbei nicht inbetracht.

Fehler der ersteren Art sind solche, bei deren Vorliegen die Sache nicht denjenigen Ansprüchen genügt, die man unter normalen Verhältnissen an dieselbe zu stellen berechtigt ist, so muss z. B. ein als Reitpferd verkauftes Tier von jedem normalen Reiter geritten werden können. Stets ist als ein derartiger Fehler anzunehmen, wenn eine Ware so beschaffen ist, dass ihr Verkäufer sich z. B. nach § 12, 1. 2 des Gesetzes betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln vom 14. Mai 1879 strafbar macht, so z. B. durch Verkauf von Spielwaren, Tapeten, Ess-, Trink- und Koch-

1) s. Matthiass I. S. 508 § 107.

geschirren, deren bestimmungsgemässer oder vorauszusehender Gebrauch die menschliche Gesundheit zu schädigen geeignet ist.

Zu derselben Gruppe von Fehlern wäre die schlechte Aufmachung der Ware, so das Fehlen von Etiketten bei teuren Essenzen, zu rechnen, desgleichen Lieferung nicht in Originalverpackung, so von Kölnischem Wasser in gewöhnlichen $^1/_2$ oder $^1/_1$ Literflaschen.

Der Käufer eines Hauses ist berechtigt anzunehmen, dass dessen Zimmer sich heizen lassen; die mangelnde Heizbarkeit dieser — nicht auch die der Korridore und Speicher [1]) — wäre deshalb ein Fehler zum gewöhnlichen Gebrauch.

„Es entscheidet stets die objektive Vertragsbasis, auf der beide Parteien standen, als sie kontrahierten, und welche durch die allgemeine Verkehrsauffassung bezeichnet wird.“ [2])

Mit der Wendung in § 459 „zum gewöhnlichen Gebrauch“ hat das BGB. einen objektiven Massstab geschaffen, indem es auf das tägliche Leben verweist. Schwieriger ist die Entscheidung, wenn es sich um Fehler zu dem nach Vertrag vorausgesetzten Gebrauche handelt.

Einseitige Voraussetzungen, d. h. einseitig gehegte Erwartungen nur der einen Partei sind auch hier vollkommen einflusslos. Es kann dies auch nur gebilligt werden, denn es steht dem Käufer frei, seine speziell gehegten Voraussetzungen zum Gegenstande des Vertrags zu machen.

Auch Dernburg [3]) ist dieser Ansicht, indem er ausführt, wenn der redselige Käufer ein Reitpferd erstehe und erklärt, er wolle es auch als Kutschpferd einspannen, so könne es

---

1) Beispiel bei Oertmann S. 182, 4.
2) Crome, Partiar. Rechtsgeschäfte S. 283/4.
3) Vergl. Dernburg BGB. II. S. 50.

keinem Zweifel unterliegen, dass diese Idee, das als Reitpferd gekaufte Tier auch zum Fahren zu verwenden, den Vertrag nicht berührt. Gegenstand des Vertrags war ein Reitpferd, der Verkäufer braucht nicht mitzuteilen, dass das Tier nicht eingefahren ist, der Käufer kann auch, wenn der Versuch misslingt, keine Ansprüche gegen den Verkäufer machen.

Dieselbe Meinung vertritt auch Crome[1]), wonach eine einseitig geäusserte Erwartung nicht genügt, sondern nur eine dahingehende, ausdrückliche oder stillschweigende Übereinkunft.

„Ist eine solche aber getroffen, so wird der Standpunkt des Vertrages, von welchem aus an seine Auslegung heranzutreten ist, durch den übereinstimmenden Willen der Parteien über das Schablonenmässige der allgemeinen Verkehrsauffassung hinausgehoben."

Sind z. B. 10 Centner Kaffee oder Kartoffeln gekauft, so darf der Käufer gemäss § 360 HGB. die Lieferung einer mittleren Sorte beanspruchen. Eine solche wird den Anforderungen des gewöhnlichen Gebrauches in der Regel genügen. Anders aber wenn der Käufer mit dem Verkäufer längere Zeit in Geschäftsverbindung gestanden und von ihm eine bestimmte Sorte bezogen hat.

In diesem Fall hat die Lieferung dieser speciellen Sorte als vertraglich vorausgesetzt zu gelten. In diesem Fall, wie in vielen andern gibt das Milieu, in dem der Kaufabschluss erfolgte — gute Anhaltspunkte ab. Häufig wird die Art des Geschäftes und der Kundenkreis — falls dieser dem Verkäufer bekannt ist — oder auch der bestimmte Preis auf eine ganz bestimmte Sache und Güte hinweisen [2]).

---

1) Partiar. Rechtsgeschäft S. 256 ff.
2) Vergl. Hanausek I. S. 72.

So ist man berechtigt an ein Paar Lackstiefel, die nach Mass von einem renommierten Schuhmacher angefertigt wurden, andere Ansprüche zu stellen, als an ein Paar aus einem Schuhbazar. Eine ungerade gearbeitete Naht ist z. B. im ersteren Fall als Fehler anzusehen, wenn diese auch die Brauchbarkeit im allgemeinen nicht beeinträchtigt.

Andererseits kann aber die Anschauung, was als Fehler zu gelten hat, auch bei demselben Geschäft an verschiedenen Orten verschieden sein. Ob z. B. bei dem Kauf von Wertpapieren das Beifügen von Kupons und Dividendenscheinen als vertraglich vorausgesetzt zu gelten hat und deren Fehlen folglich als Fehler, muss nach der Usance der betreffenden Börse beurteilt werden [1]).

Neben der Ortssitte kann zuweilen auch die Form der Offerte Schlüsse auf die vertragsmässig vorausgesetzte Lieferung gestatten; bietet jemand z. B. einem Fuhrmann Pferde an, so wird die Tauglichkeit zum Ziehen stillschweigende Voraussetzung sein.

Ein Mangel der Sache zum vertragsmässig vorausgesetzten Gebrauch kann unter Umständen auch dann vorliegen, wenn der Verkäufer mehr als die vertragliche Leistung liefert.

„Als Mangel kann auch ein Plus der gelieferten Ware gegenüber der bestellten gelten“ [2]).

In manchen Fällen kann zweifelhaft sein, ob die fehlende Eigenschaft eine nach dem Vertrag vorausgesetzte oder eine stillschweigend zugesicherte ist. Sowohl in den Fällen, in denen der Verkäufer eine positive Erklärung

---

1) Saling, Börsenpapiere I. 8. Aufl. S. 459 ff.

2) Vergl. das Beispiel bei Cosack BGB. I. S. 445/46. — Ein Taschenmesser wird mit Korkzieher, welchen Käufer sich verbeten hatte, geliefert.

dahin abgab, dass der Sache eine beliebige wertsteigende Eigenschaft anhafte oder auch negativ, dass eine wertmindernde nicht vorhanden sei, ist der Käufer berechtigt, auf den Inhalt der Mitteilung zu bauen.

Ist diese objektiv falsch, so ist das Nichtvorliegen der guten oder das Dasein der schlechten Eigenschaft verschwiegen worden. Auf diese Weise kann also eine fälschlich zugesicherte Eigenschaft Objekt des Verschweigens sein.

Damit eine Eigenschaft als zugesichert gelten kann, muss sie zum Gegenstand des Vertrages gemacht worden sein. Es genügt also nicht, dass von einer Eigenschaft die Rede war, ohne dass beiderseits beabsichtigt war, sie zum Inhalt des Vertrages zu machen [1]).

Im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung suchen die Protokolle (I S. 668) den schon an sich ausgedehnten Begriff von „zugesichert" noch zu erweitern, indem sie ausführen, dass jeder, der eine Zusicherung erteile, auch uneingeschränkt dafür einstehen müsse. „Jedenfalls sei im Zweifelfalle die weitergehende Haftung anzunehmen."

Dieser Satz ist jedoch ganz unhaltbar, im Gegenteil, es ist genau zu prüfen, ob und inwieweit bei der Zusicherung des Verkäufers die Absicht sich rechtsverbindlich zu verpflichten, vorlag [2]) und für den Käufer erkennbar hervortrat.

Während das Verschweigen von Mängeln im Sinne von § 459,1 nur dann rechtserheblich war, wenn sich dasselbe auf einen erheblichen Mangel erstreckte, kommt im Absatz 2 des genannten Paragraphen schon eine unerhebliche Abweichung vom Zugesicherten inbetracht;

---

1) Vergl. Eccius a. a. O. S. 309.
2) Vergl. Cosack BGB. II. § 128 I 1 f.

indessen darf auch diese Bestimmung nicht chikanös ausgenutzt werden.

Zusichern kann man alles mögliche, sowohl den bestimmten Ertrag eines Grundstückes, wie auch die Herkunft des Gegenstandes aus einem bestimmten Lande oder z. B. einer Künstler-Werkstatt, auch kann sich die Zusicherung auf den Reingewinn oder den jährlichen Umsatz [1]) eines Geschäftes erstrecken. Die zugesicherte Eigenschaft kann auch Bezug haben auf eine berühmte Persönlichkeit, oder Begebenheit, wie dass mit einer bestimmten Feder die Kapitulation von Metz unterzeichnet wurde.

Weil die zugesicherte Eigenschaft Vertragsinhalt geworden und offenbar der Käufer hiernach auf ihre Existenz hohen Wert legte, muss sie stets vorhanden sein, auch wenn deren Fehlen im allgemeinen keinen Nachteil, sondern einen Vorteil für die Sache bedeuten würde [2]).

Gleichgültig ist hierbei, ob die im Vertrag zugesicherten Eigenschaften objektiv erheblich oder unerheblich sind. Wie schon erörtert muss die zugesicherte Eigenschaft zum Vertragsinhalt gemacht worden sein. In der Regel wird eine ausdrückliche Willenseinigung der Parteien erfolgen, möglicherweise aber auch eine stillschweigende nach dem mutmasslichen Willen der Parteien [3]).

Eine Form ist für Zusicherungen nicht vorgeschrieben, sie können ebensowohl in privaten wie in öffentlichen Ankündigungen gefunden werden. Allerdings ist im letzten Falle die Frage nach der Verbindlichkeit einer derartigen öffentlichen Ankündigung weder im allgemeinen zu bejahen noch zu verneinen, sondern im Einzelfalle zu entscheiden,

---

1) Vergl. ROHG. vom 21. VI. 1873 Bd. X S. 339.

2) Vergl. Dernburg a. a. O. S. 51. — Der Käufer will sich eine Sammlung von Abnormitäten anlegen.

3) Vergl. Protokolle I. S. 690.

in marktschreierischen Reklamen kann aber eine Zusicherung nicht gefunden werden.

Den Tierkauf hat das BGB. in einer von den sonstigen Regeln des Kaufes abweichenden Gestalt aufgenommen, indem es im Anschluss an das Deutsche Recht für bestimmte Tiergattungen besondere Normen aufstellte. Es ist deshalb hierauf besonders einzugehen. Hervorzuheben ist, dass die Haftung sich nur auf einzelne Tierarten (vergl. Verordnung vom 27. 3. 99) beschränkt, ferner nur auf gewisse Mängel, dann müssen diese Mängel in bestimmten Fristen (Gewährfristen) aufgetreten und gerügt worden sein.

Andererseits können die Parteien die Haftung beliebig erweitert haben [1]). Es kann der Veräusserer z. B. das Fehlen eines nicht zu den Hauptmängeln gehörigen Mangels wie das Freisein von Spatt oder das Vorhandensein einer Eigenschaft z. B. einen bestimmten Stammbaum des Rassepferdes zugesichert haben.

In allen diesen Fällen kennzeichnet sich die Nichtangabe des Hauptmangels oder die unrichtige Zusicherung als ein Verschweigen des Fehlers.

Dass die für die beiden Arten des Kaufes geltenden Vorschriften auch auf kaufähnliche Geschäfte entsprechende Anwendung finden, folgt aus der Natur der Sache.

Die angewandten Erklärungsmittel sind hauptsächlich — da das einfache Stillschweigen über die Fehler die Regel bildet — subjektiver Natur. Denn nur aus den Umständen, welche das je vorliegende Geschäft begleiten, kann man schliessen, dass das Schweigen über einen Fehler, für den der Verkäufer zu haften hat, gleich einer Mitteilung, dass die Sache vertragsmässig sei, ist.

---

1) Stölzle S. 78 Anm. 2 § 486; Oertmann S. 268 Anm. 3, 1 § 486; Planck II. S. 264 Anm. 1. 2 § 486.

Nur in den Fällen der Zusicherung ist die Erklärung als durch ein objektives Erklärungsmittel — durch eine positive Mitteilung — erfolgt anzusehen.

Am Ende der Besprechung des äusseren Verhaltens sowohl des Täuschenden wie des Verschweigenden sei auf die hierbei gefundenen Unterschiede noch kurz hingewiesen.

Im Gegensatz zu der Täuschung, bei welcher mehrere Subjekte möglich sind, und jede der Parteien sich der Täuschung bedient haben kann, haben wir es bei dem Verschweigen mit stets derselben Partei als Subjekt und immer nur mit derselben Person — dem Verkäufer — zu tun, und nur gegen diesen hat sich die Anfechtung zu richten (vergl. S. 14/15 d. A.). Ferner ist das Anwendungsgebiet des Verschweigens ganz bedeutend eingeschränkt, als Objekt des Verschweigens kommen nur ganz bestimmte Fälle oder Mängel der Sache, bezw. des Tieres inbetracht.

Diese Fehler lassen sich, dafür — wie ich glaube nachgewiesen zu haben — ganz genau bestimmen, was bei den überaus zahlreichen Fällen der Täuschung eine Unmöglichkeit ist.

Während das äussere Verhalten des Täuschenden sich durch ein überwiegend positives Tun kennzeichnet, besteht das äussere Verhalten des Verschweigenden hauptsächlich in einem Nichthandeln; der Verkäufer schweigt, d. h. er unterlässt eine Mitteilung, jedoch sind auch Fälle des Verschweigens durch lügnerische Zusicherung des Gegenteils häufig. Es erscheint daher das Wort „Verschweigen", bei welchem man zunächst an eine rein negative Tätigkeit denkt, als zu eng gewählt, und wie Schiedges[1]) richtig bemerkt, gibt der Ausdruck „Täuschung" bezüglich

---

1) S. 82.

des äussern Verhaltens den Begriff besser und umfassender wieder; denn „Täuschung“ umfasst sowohl die positive wie die negative Seite des Verhaltens.

§ 4. a) Der Erfolg der Täuschung.

Der Erfolg der Täuschung besteht darin, dass die Person, welche getäuscht werden sollte, auch wirklich getäuscht worden ist, d. h. die Täuschung muss den Eintritt eines bestimmten Erfolges bedingt haben. Damit ist ausgeschlossen, dass ein blosser Versuch der Täuschung ohne diesen bestimmten Erfolg rechtlich als arglistiges Handeln relevant sein kann.

Worin besteht aber dieser Erfolg? Durch das Verhalten des Täuschenden muss eine bestimmte Vorstellung, welche den tatsächlichen Verhältnissen nicht entspricht, in dem Getäuschten sich gebildet haben.

Es sind hier zwei Möglichkeiten denkbar.

Erstens kann der Irrtum in der Gegenpartei erregt worden sein, d. h. eine nicht vorhandene Tatsache ist dieser vorgespiegelt oder eine vorhandene ist entstellt worden.

Dann kann auch ein Irrtum, der sich in der Gegenpartei selbst gebildet hatte, benutzt worden sein. Unter Benutzung ist hier zu verstehen, dass in Verhältnissen, in denen der Irrende Aufklärung hätte erwarten dürfen, dem Irrtum die Wirksamkeit als Motiv von dem zur Aufklärung Verpflichteten nicht genommen worden ist[1]). Es sind also unter Verletzung der Aufklärungspflicht[2]) dem Irrenden bestimmte Tatsachen verschwiegen worden.

In den Fällen der Vorspiegelung wie in denen der

---

1) Nach Zitelmann, Rechtsgeschäfte II. S. 42/3.

2) Wieweit eine solche besteht, wird im folgenden Paragraphen behandelt werden.

Entstellung liegt stets eine positive Handlung, häufig wird auch in der Benutzung ein Unterhalten des Irrtums durch positive Handlung gefunden werden, welche sich darauf richtet, den Irrenden in seinem Irrtum zu bestärken.

Nach Besprechung der Frage, wie der Irrtum in dem Getäuschten zustande gekommen ist, haben wir jetzt zu untersuchen, welcher Art dieser Irrtum ist.

Im Gegensatz zum Gemeinen Recht braucht der Irrtum kein Irrtum in den Beweggründen zu sein, sondern das BGB. sieht von der praktisch undurchführbaren Unterscheidung zwischen einem solchen und dem über den Inhalt der Erklärung mit Recht ab.

Es genügt also, dass das Verhalten des Täuschenden in dem Getäuschten einen Irrtum irgend welcher Art erregt hat. Hierbei ist gleichgültig, ob dieser Irrtum wesentlich oder unwesentlich, entschuldbar oder unentschuldbar ist[1]).

Aus dieser irrigen Vorstellung heraus wird eine Willenserklärung abgegeben, bei deren Abgabe der Getäuschte sich also des Zwiespaltes zwischen seiner vermeintlich unbeeinflussten Erklärung und dem Willen, wie er sein würde, wenn er den richtigen Einblick in die Sachlage gehabt hätte, nicht bewusst ist. Es ist überhaupt die Eigentümlichkeit der durch Täuschung hervorgerufenen Willenserklärung, dass der eigene Wille dessen, der betrogen wird, zur Vollendung des Betruges mitwirkt.

Durch diese Willenserklärung wird der Vertrag abgeschlossen und zwar in der von dem Täuschenden erhofften Weise. Der Betrogene liefert also der zahlungsunfähigen Gegenpartei Waren oder übernimmt eine Bürgschaft für diese, oder er acceptiert eine Schenkung, z. B

---

1) Matthiass I. § 53; II. S. 197; Endemann I. § 73; Motive I. S. 208; Kretzschmar S. 45; Goldmann und Lilienthal I. § 39 S. 152.

eines Hauses, ohne zu wissen, dass es mit Hypotheken überlastet ist und ihn noch bedeutende Kosten für den Bau einer anstossenden Strasse treffen werden.

Was nun den durch die Willenserklärung vollzogenen Vertragsabschluss angeht, so sind zwei Fälle denkbar.

a) Der Getäuschte hätte das Geschäft — bei Kenntnis der Sachlage — überhaupt nicht abgeschlossen. Z. B. hätte A das Grundstück nicht gekauft, wenn B ihm nicht vorgespiegelt hätte, es sei beschlossen, dass in unmittelbarer Nähe eine Eisenbahnhaltestelle angelegt werden würde. In diesem Falle ist die Täuschung gleich dem dolus causam dans[1]).

b) Durch die Täuschung wurde nur ein Teil des Vertrages beeinflusst, der Getäuschte hätte den Vertrag — wenn auch unter mehr oder weniger veränderten Bedingungen — doch abgeschlossen. Es hätte der Kaufmann seine Ware dem angeblich zahlungskräftigen, in Wirklichkeit aber in Zahlungsschwierigkeiten befindlichen Kunden zwar verkauft, aber nur unter gewissen Sicherheitsmassregeln.

Dieser Fall entspricht dem des dolus incidens[2]). Der durch diesen hervorgerufene Teil der Willenserklärung ist stets anfechtbar, wie weit aber durch die Beeinflussung in dem einen Teile der ganze Vertrag anfechtbar wird, richtet sich nach § 139, BGB.; nach allgemeinen Grundsätzen ist demnach zu entscheiden, ob die Anfechtung eines Teiles den ganzen Vertrag vernichtet[3]).

Auf diese Weise bleibt die Unterscheidung zwischen

---

1) Beispiel bei Goldmann und Lilienthal I. § 39 S. 152 Anm. 2.

2) Ganz irrig behauptet Bütow S. 41, von dolus incidens wäre in § 123 u. 124 BGB. nicht die Rede.

3) Crome BGB. I. S. 473 Anm. 35.

dolus causam dans und dolus incidens auch für das BGB. wichtig[1]).

Die von dem Getäuschten abgegebene Willenserklärung muss die Folge des durch die Täuschung hervorgerufenen oder unterhaltenen Irrtums gewesen sein, das heisst, die Täuschung muss also im Kausalzusammenhang mit der Abgabe der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung stehen.

„Der auf die Vornahme des Rechtsgeschäftes gerichtete Wille muss durch die Täuschung beherrscht, das Geschäft erlistet sein“[2]).

Wenn der Irrtum in dem Getäuschten durch ein positives Handeln, z. B. Sagen der Unwahrheit, hervorgerufen wurde, so leuchtet ohne weiteres ein, dass die Täuschungshandlung kausal für den Irrtum war, d. h. sie allein die entscheidende Bedingung setzte, aus der die normalen, adäquaten Folgen sich ergeben mussten, hier also die Willenserklärung und ihre Folgen.

Schwieriger aber ist die Beantwortung der Frage, wie weit ein Unterlassen einer pflichtgemäss zu machenden Mitteilung kausal für einen bestimmten Erfolg ist. Diese Frage führt uns zu einer Untersuchung des Begriffes „Unterlassen“.

Liszt[3]) definiert diesen Begriff zutreffend als „die willkürliche Nichthinderung des Erfolgs“. Trotz freien Willens und der physischen Möglichkeit zu handeln, wird also ein bestimmtes Tun unterlassen, welches, wenn es vorgenommen würde, nach der Auffassung des praktischen Lebens den Eintritt der eingetretenen Tatsache, also in

1) Zustimmend Kretzschmar S. 83. Anderer Meinung: Crome a. a. O.; Leonhard I. S. 523; Enneccerus und Lehmann I. S. 208.

2) Crome BGB. I. S. 236; Goldmann und Lilienthal I. S. 152; Matthiass I. § 53 S. 220.

3) Lehrbuch des deutschen Strafrechts S. 111.

unserm Falle des Irrtums, verhindert oder doch dessen Aufklärung gebracht hätte[1] [2]).

Die Frage, wann eine Unterlassung einer Handlung der positiven Herbeiführung eines Erfolgs gleichzustellen ist, d. h. wann das Unterlassen rechtswidrig ist, wird im folgenden Paragraphen behandelt werden[3]).

Für die Vollendung der Täuschung und Beurteilung des Erfolgs ist es gleichgiltig, ob der Täuschende durch sein Verhalten einen Vermögensvorteil erlangt oder andererseits die Täuschung für den Getäuschten einen Vermögensnachteil zur Folge hatte; wenngleich anzunehmen ist, dass in den meisten Fällen die Erlangung eines Vermögensvorteils das Motiv zur Täuschung gewesen ist.

Entscheidend ist also, dass der Getäuschte durch die Täuschung zu einer Willenserklärung bestimmt worden ist, die er sonst nicht abgegeben haben würde. Gerade weil Verträge nach dem Willen des Gesetzes frei abgeschlossen werden sollen, hat dieses dem Getäuschten ein Anfechtungsrecht zur Aufhebung der Wirkungen eines durch widerrechtliche Beeinflussung zustande gekommenen Vertrages gegeben.

Der Erfolg der Täuschung ist also nach dem Vorhergesagten ein doppelter:

1. zeigt er sich in einer Einwirkung auf die Vorstellung der Gegenpartei über bestimmte mit dem Vertragsgegenstand in Beziehung stehende Verhältnisse oder Eigenschaften,
2. darin, dass durch diese irrige Vorstellung der Ge-

---

1) Zitelmann BGB. I. S. 161 ff.

2) Vergl. Landsberg, Komm. S. 111. — Die Unterlassung ist kausal für diejenigen Punkte, welche ein Mensch durch sein Eingreifen hätte anders gestalten können.

3) Vergl. über die Beweislast § 10 dieser Arbeit.

täuschte zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt wird.

Nicht braucht sich der Erfolg der Täuschung in einer Schädigung des Getäuschten zu zeigen[1]).

Was schliesslich den Zeitpunkt angeht, zu welchem die Täuschung vollendet wird, so ist es der, welcher vor dem Abschluss des Vertrages liegt. Nur eine Täuschung zwischen den noch nicht durch Vertrag gebundenen Parteien ist eine arglistige im Sinne des § 123 BGB. Ein später erfolgender, z. B. bei Erfüllung des Vertrages angewandter Betrug wird in der Regel nur eine Fortsetzung der früheren Täuschung sein. Dies ist der Fall, wenn z. B. A dem B die Lage eines Unternehmens als ungünstig darstellt, diesen dadurch bestimmt, ihm die an der Börse noch nicht notierten Aktien unter ihrem wirklichen Kurs zu verkaufen und bei der Abrechnung eine gefälschte Bankauskunft vorlegt.

Sollte aber A die ohne Betrug gekauften Papiere mit einem gefälschten Check bezahlen, so haftet er nach allgemeinen Grundsätzen. Der Gegner kann in diesem Falle nicht das ganze Geschäft wegen des Betruges bei der Erfüllung anfechten.

§ 4. b) Der Erfolg des Verschweigens.

Wie die Täuschung, so muss auch das Verschweigen stets einen Irrtum des Gegners zur Folge haben, und zwar besteht dieser Irrtum in einer falschen Vorstellung, welche sich der Käufer über bestimmte Eigenschaften der zu kaufenden Sache macht, sei es, dass dieser glaubt, dass die Sache gewisse wertsteigernde Eigenschaften habe oder eine wertmindernde fehle.

---

1) Vergl. Matthiass I. § 533 S. 197; Kretzschmar S. 51; Schiedges S. 83.

Der Regelfall dürfte der sein, dass der Käufer annimmt, der Gegenstand entspräche allen Anforderungen, mit denen er nach dem Vertrage an diese heranzutreten berechtigt sei.

Dem Verkäufer ist aber bekannt, dass die Sache nicht vertragsmässig beschaffen, sondern fehlerhaft ist, ferner sieht er, dass der Käufer von der Existenz dieses Fehlers nichts weiss. Trotzdem unterlässt es der Verkäufer, seinen Gegner hierüber aufzuklären, wodurch dieser in seinem Irrtum verbleibt, ja sogar in diesem noch bestärkt wird.

Das Verschweigen ist somit häufig nur das Unterlassen einer pflichtgemäss zu machenden Mitteilung, es ist mehr eine Benutzung der Unkenntnis als eine positive Täuschung. Und nur als Ausnahmen dürfen wir die Fälle bezeichnen, in denen das Verschweigen durch bestimmte konkludente Handlungen, wie das Verdecken von Fehlern der positiven Seite der Täuschung genähert, oder diejenigen, in denen der Irrtum durch positive falsche Angabe hervorgerufen worden ist.

Die Unkenntnis des Fehlers hat zunächst zur Folge, dass der Verkäufer bei seiner Überlegung, wieweit der Ankauf der Sache in seinem Interesse liegt, und ob der Preis ihrem Werte entspricht, den Fehler nicht inbetracht zieht, so dass der Abschluss des Kaufvertrages auf einer falschen Voraussetzung beruht.

In den meisten Fällen würde die Entschliessung des Käufers ganz anders ausgefallen sein, wenn er den verschwiegenen Fehler gekannt hätte. Entweder das Geschäft wäre ganz unterblieben, z. B. wäre das Haus garnicht gekauft, oder es wäre noch eine weitere Abrede getroffen worden, wie die, dass der Verkäufer des mit Schwamm behafteten Hauses die Kosten einer etwa erforderlichen Reparatur zu tragen hätte. Also auch hier ist das arg-

listige Verschweigen sowohl im Sinne von dolus causam dans wie von dolus incidens möglich (vergl. Schiedges S. 20. 21).

Wie bei der Täuschung so muss bei dem Verschweigen der Irrtum kausal für die Willenserklärung gewesen sein.

Der Irrtum wird stets eine Schädigung des Käufers verursacht haben. Denn dieser hat für die fehlerhafte Sache doch einen höheren Preis bewilligt, als er in Kenntnis des Mangels gezahlt haben würde. Der bei dem Geschäfte erzielte Gewinn muss deshalb entsprechend weniger gross gewesen sein (lucrum cessans), oder es kann ein effektiver Schaden entstanden sein (damnum emergens).

Es fragt sich jetzt, ob diese Schädigung des Käufers zum Tatbestande des Verschweigens gehört. Diese Frage ist zu verneinen.

Der Käufer kann seine Ansprüche auf Wandelung oder Minderung wie — im Falle des § 480 — auf Lieferung einer mangelfreien Sache geltend machen, ohne einen erlittenen Schaden beweisen zu müssen.

Anders im Falle der §§ 463, 480_2, 490, wenn nämlich in dieser der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, ist die Existenz des Schadens Voraussetzung für die Entstehung seines Anspruches[1]).

Als Zeitpunkt des Verschweigens kommt im allgemeinen nur der Zeitpunkt des Vertragsschlusses inbetracht, nur ist, wie Schiedges (S. 21) bemerkt, beim Genusskauf ein Verschweigen bis zu dem Zeitpunkte, zu welchem die Gefahr übergeht, ernstlich bedeutsam. (Vergl. die Ausführungen S. 33.)

---

1) In gleicher Weise hat der Käufer, der es vorzieht, Schadensersatzansprüche aus § 823 f. geltend zu machen, den Beweis für die Entstehung des Schadens zu erbringen.

Wenn wir den Erfolg der arglistigen Täuschung dem des arglistigen Verschweigens gegenüberstellen, so ergeben sich nur kleinere Unterschiede.

Als erster dürfte zu erwähnen sein, dass entsprechend dem äussern Verhalten des Verschweigens, welches, wie gesagt, in der Hauptsache in einem Unterlassen einer Mitteilung besteht, die irrige Vorstellung, welche als Folge des Verschweigens anzusehen ist, weniger durch eine positive Einwirkung von aussen her bewirkt, sondern vielmehr aus einer schlechtern Kenntnis über eine bestimmte Sache entstanden und welche nicht aufgeklärt worden ist.

Der zweite Unterschied knüpft sich an die Frage, ob eine Schädigung zum Tatbestand des Erfolgs der Täuschung oder des Verschweigens gehört.

Wie oben (S. 32) ausgeführt verlangt die Täuschung keine Schadensfolge. Dasselbe gilt für das Verschweigen, jedoch ist hier das Entstandensein eines Schadens Voraussetzung für den Käufer, der seinen Schadensersatzanspruch von § 463 oder 480, 2. Absatz, 490 BGB. geltend machen will.

Dass übrigens bei dem Verschweigen eines Fehlers für den Käufer stets ein Schaden entstanden sein muss, sei dieser ein damnum emergens oder lucrum cessans, wurde bereits erwähnt. Dies liegt in der Natur des Kaufes, bei welchem mit der vollen Bezahlung einer mangelhaften Sache stets eine unrichtige Preiskalkulation und damit eine Schädigung eintreten muss.

Anders bei der arglistigen Täuschung. Hier wird sehr häufig kein Schaden eingetreten sein, so wird z. B. bei einem Sozietätsverhältnis der durch die unrichtigen Angaben Getäuschte sich auf § 123 beziehen, um die Beziehungen zu dem unredlichen Compagnon lösen zu können.

Wenn Schiedges[1]) eine weitere Abweichung darin

1) S. 82.

findet, dass die arglistige Täuschung des § 123 motivierend auf die Willenserklärung wirke, während das arglistige Verschweigen die Billigung einer bestimmten Sache zur Erfüllung, d. h. die Vereinbarung, qualis sit res, motiviere, die Täuschung somit den dolus causam dans, das Verschweigen den dolus incidens darstelle, kann ich mich ihm nicht anschliessen. Auch ist er m. E. den Beweis schuldig geblieben.

Abgesehen von den sprachlich unrichtig gebildeten Ausdrücken „die Täuschung motiviert", „das Verschweigen billigt" — gemeint ist vielmehr die durch die Täuschung bezw. das Verschweigen bedingte irrige Vorstellung — ist der Unterschied nur ein scheinbarer.

Wenn auch zugegeben werden mag, dass in der Regel das Verschweigen sich als dolus incidens darstellt, so wird doch häufig die irrige Vorstellung des Käufers, die ihm vorgelegte oder beschriebene Sache sei eine mangelfreie und damit die Überlegung, dass die Sache preiswert und die Anschaffung wünschenswert sei, ihn direkt zum Kaufabschluss bestimmen.

§ 5. a) Die Rechtswidrigkeit der arglistigen Täuschung.

Die Entscheidung darüber, inwieweit jemand berechtigter Weise verlangen kann, in seiner freien Willensbildung und demgemäss in seinen Entschliessungen nicht durch ein bestimmtes Verhalten eines Anderen beeinflusst zu werden, richtet sich ganz darnach, ob die Anschauung über das Erlaubtsein, resp. das Unerlaubtsein des betreffenden gegnerischen Verfahrens sich nur auf ein Gebot der Moral oder auf eine objektive Rechtsnorm stützt.

Es ist nicht schwierig, gegen die leicht empfindliche Moral, die den Anschauungen der naturrechtlichen Schule

zufolge, eine vollkommene Offenheit und Wahrheit verlangt, zu verstossen.

Dieser Verstoss kann aber unmöglich in allen Fällen juristisch von Bedeutung sein. Vielmehr nur dann, wenn durch das Verhalten eine Rechtsnorm verletzt ist.

Eine solche Norm besteht entweder in einer bestimmten Vorschrift oder allgemein in dem Grundsatz von „Treu und Glauben".

Letzteres Prinzip beherrscht jetzt in einem weit höheren Grade als früher unsere Rechtsordnung.

Sein Einfluss zeigt sich teils darin, dass Verträge nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszulegen oder Leistungen zu bewirken sind, wie auch andererseits, dass das Gesetz mit aller Schärfe einem Handeln wider Treu und Glauben entgegentritt und mit Rechtsnachteilen bedroht. Aus den Folgen, welche das Gesetz an die Täuschung knüpft, ergibt sich, dass dieses die Täuschung als ein solches Handeln wider Treu und Glauben — und somit als rechtswidrig — ansieht.

Dieser Begriff ist aber kein objektiv fest umgrenzter, sondern nach der Auffassung des praktischen Lebens ist zu entscheiden, in welchen Fällen ein solches Handeln wider Treu und Glauben vorliegt. Da aber die arglistige Täuschung sowohl durch ein Handeln wie durch ein Nichthandeln bewirkt werden kann, sind hier zwei Gruppen zu unterscheiden.

Zur ersteren gehören alle Fälle, in denen die Täuschung durch eine Entstellung des wahren Sachverhaltes oder durch eine Vorspiegelung falscher Tatsachen geschieht.

Hier kann nicht zweifelhaft sein, dass jede auf Irreführung des Gegners gerichtete positive Handlung sich als ein unerlaubter Eingriff in die Interessen- und Rechtssphäre des Anderen darstellt. Eine solche Handlung ist

stets objektiv rechtswidrig, denn sie verstösst gegen die vom objektiven Recht gebotene Unterlassungspflicht[1]), es sei denn, dass eine der gesetzlich gebilligten Ausnahmen, wie ein Handeln in Notwehr, oder Notstand, oder ein solches auf Befehl sie entschuldbar macht[2]).

Zur zweiten Gruppe möchte ich die Fälle rechnen, in denen in der Nichtaufklärung eines bei dem Gegner vorliegenden Irrtums und in der Nichtmitteilung von bestimmten für das vorliegende Geschäft wichtigen Momenten eine Benutzung = Ausbeutung des Irrtums gefunden werden kann.

In diesen Fällen ist der weniger gut Unterrichtete nicht getäuscht, d. h. ein Irrtum ist in ihm nicht erweckt oder unterhalten worden, sondern er macht sich selbst eine fälschliche Vorstellung von einem bestimmten Umstande, d. h. er weiss ihn nicht. Man ist nur zu geneigt, diese beiden Begriffe mit einander zu verwechseln[3]).

Wollte man ein allgemein geltendes Recht auf unbedingte Wahrheit annehmen, so würde sich daraus eine Aufklärungspflicht, welche keine Grenzen mehr kennen und sich auf alle möglichen Verhältnisse erstrecken würde, ergeben.

Da es nun ein solches Recht nicht gibt[4]), haben wir zu untersuchen, unter welchen Verhältnissen das Unterlassen der Aufklärung rechtswidrig und der positiven Herbeiführung eines Irrtums gleichzustellen ist, oder anders ausgedrückt, in welchen Fällen eine Rechtspflicht zu handeln besteht.

Wie schon das R.O.H.G.[5]) zutreffend ausgeführt

---

1) Zitelmann BGB. I. S. 155.
2) Matthiass I. § 61 S. 270.
3) Vergl. von Liszt S. 455.
4) Seuffert, Archiv Bd. 35 N. 107; Bd. 56 N: 4.
5) Entscheidung des ROHG. v. 17. XII. 1871 Bd. 4 S. 317.

hat, und man auch heute für unser Recht behaupten kann, verlangt der Grundsatz von Treu und Glauben nicht nur, dass die Parteien nicht mit Waffen kämpfen, die im Verkehr für unerlaubt gelten, sondern auch, dass diese sich redlich behandeln. Es kann aber nicht vom Gesetz beabsichtigt sein, die ihrem Charakter nach verschiedensten Rechtsverhältnisse inbezug auf die Aufklärungspflicht gleichartig zu behandeln. In der Rechtssprechung wie in der Literatur wurden auch hinsichtlich der Frage, wann Arglist, resp. Dolus vorliege, die Verhältnisse jedes Einzelfalles in richtiger Weise genau berücksichtigt.

Ihering[1]) war wohl der erste, welcher auf die Abstufungen der Aufklärungspflicht je nach der Art des inbetracht kommenden, zu Grunde liegenden Verhältnisses aufmerksam machte und hierbei auf den Unterschied zwischen der Stellung der Parteien, z. B. zwischen der beim Mandat und der beim Kauf, hinwies.

Aus der Natur des Mandates, welches im Interesse des Auftraggebers und um allgemeiner Zwecke willen geschieht[2]), folgt, dass zwischen den Parteien ein bestimmtes Treuverhältnis besteht, weswegen das Streben nach persönlichem Vorteil zurücktreten muss.

Beim Kaufe hingegen stehen die Interessen beider Parteien scharf sich gegenüber.

Hiermit ist die Richtschnur gegeben. Wir haben deshalb zu unterscheiden zwischen Geschäften, welche auf der Grundlage eines besonderen Treuverhältnisses aufgebaut sind, und anderen.

Zu den ersteren Geschäften gehören zum Beispiel

---

1) Ihering, Lucca Pistoja Akt. Str. S. 264.

2) Dernburg, Pand. § 115a, S. 309. „Der Rechtsanwalt soll sich als Organ der Gerechtigkeitspflege, der Arzt als im Dienste der Humanität stehend . . . ansehen. Das Honorar ist nicht Bezahlung, sondern Anerkennung und Ehrensold.“

ausser dem Mandate die Gemeinschaft, die Gesellschaft, die Beziehungen unter Miteigentümern und Miterben. Ferner einige familienrechtliche Verhältnisse, wie solche zwischen Eltern (auch Adoptiv- und Pflegeeltern) und ihren Kindern, zwischen Vormündern und Mündeln bestehen.

Speziell wurde entschieden, dass zwischen Verteidiger und Client ein derartiges auf Vertrauen gegründetes Verhältnis bestehe[1]); ferner zwischen einem Kaufmann und seinem Prokuristen.

Entsprechend trifft den zu engagierenden Prokuristen, der schon einmal falliert hat, die Rechtspflicht, diese Tatsache dem Prinzipal mitzuteilen[2]).

In ähnlicher Weise sind Sozietätsverhältnisse zu beurteilen.

Nach dem früher geltenden Rechte gilt das gleiche für die Beziehungen zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer[3]). M. E. gehört aber dieses Geschäft zu den kaufähnlichen, und wird unten besprochen werden.

Wohl aber sind hierher die Fälle zu rechnen, in denen jemand freiwillig — wie dies im kaufmännischen Verkehr üblich ist — über bestimmte Verhältnisse Auskunft erteilt. Hier hat der Auskunfterhaltende ein Recht auf volle Auskunft, deshalb ist das Verschweigen von bestimmten Einzelheiten hier rechtswidrig. Auf derselben Anschauung basiert die Entscheidung des R.G. vom 11.VII.88[4]). Dort ist in dem Falle, dass jemand Auskunft über die Vermögensverhältnisse einer dritten Firma erteilt und verschwiegen hat, dass diese Firma bedeutende Schulden

---

1) R. G. in Strafs. Bd. 4, S. 239.
2) R. G. in Civils. Bd. 12, S. 103.
3) von Ziegler S. 4 Anm. 8.
4) R. G. in Civils. Bd. 23 S. 137.

habe, das Schweigen des Auskunfterteilenden für rechtsverletzend erachtet worden.

Ganz anders ist bei dem Kauf- und bei kaufähnlichen Geschäften zu beurteilen, ob und wie weit eine Partei, z. B. der Käufer von Getreide, welcher weiss, dass soeben schlechte Ernteberichte aus Amerika, welche eine Hausse nach sich ziehen werden, eingetroffen sind, durch das Unterlassen dieser Mitteilung rechtswidrig handelt.

Im Anschluss an Iherings Ausführungen[1]) möchte ich bei diesen Erwerbsgeschäften die Aufklärungspflicht verneinen und selbst die eigennützige Verfolgung der eigenen Interessen so lange für unverboten halten, als diese nicht durch Erregung und Unterhaltung[2]) eines Irrtums erzielt wird.

Weder das Verhalten des Käufers im oben mitgeteilten Fall noch das eines Bankiers, welcher allein von einem politischen Ereignis Kunde erhielt und gewisse Papiere zu einem niedrigen Kurse aufkauft, weil er weiss, dass diese daraufhin im Preise steigen werden, kann rechtsverletzend genannt werden[3]).

Auch das Verhalten dessen, der einem andern sein Guthaben, das bei einer Sparkasse, die erschüttert sein soll, angelegt ist, zu einem geringerem Preise als dem Nominalwert abkauft, darf nicht rechtswidrig genannt werden, wenn auch der Käufer aus guter Quelle weiss, dass die Kasse ganz sicher ist[4])[5]). Dieselbe Anschauung

1) a. a. O.

2) Unter Unterhaltung ist hier die Bestärkung des Irrtums durch ein bestimmtes, zweckentsprechendes Handeln verstanden.

3) Vergl. Urteil des OLG. Hamburg vom 27. IV. 1901. Entsch. d. OLG. Bd. II, S. 500.

4) Vergl. auch die Beispiele bei von Ziegler S. 4 u. 5.

5) Ganz anders liegt der Fall, wenn der Käufer selbst das Gerücht aussprengen liess.

teilt Mommsen[1]). „Mit Recht wird angenommen, dass der Kaufmann die erlangte Kunde, möge er sie seinen besonderen Verbindungen oder seiner grösseren Vigilanz verdanken, zu seinem Vorteil ausnutzen darf."

Sehr gut sind die Ausführungen des Oberlandesgerichts Stuttgart[2]), nach welchen eine Verpflichtung zur Mitteilung von Tatsachen nur besteht, wenn eine gesetzliche Vorschrift oder eine vertragsmässige Zusage die Offenlegung des wirklichen Sachverhaltes gebietet, insbesondere, wenn nach der Verkehrssitte solche Mitteilungen üblich sind. Nicht aber sei üblich, dass der eine Teil dem andern über die ihm günstigen Verhältnisse Mitteilung macht und so seine eigene Lage verschlechtert. Im Verkehr habe jeder Kontrahent die Aufgabe sich durch Anwendung von Aufmerksamkeit und durch eigene Erkundigung eine möglichst zuverlässige Ansicht über die künftige Konjunktur zu verschaffen und darnach sein Verhalten einzurichten[3]).

Auch das B.G.B. kennt keine allgemeine Ansage- und Orientierungspflicht des Verkäufers oder Käufers über Konjunkturen, Umstände, Fehler, Mängel etc., welche der Gegenpartei unbekannt geblieben sind, sondern nur eine negative Verpflichtung, sich jeder widerrechtlichen Beeinflussung zu enthalten[4]), die darauf zielt, über die genannten Umstände eine falsche Vorstellung zu erwecken[5]).

---

1) Haftung des Kontrahenten II. S. 144/5.

2) Urteil vom 26. II. 1892. Seufferts Arch. Bd. 50 N. 4.

3) Vergl. die dort angeführten Entscheidungen, ferner die des OLG. Celle vom 7. Juni 1893, Bd. 49, S. 261.

4) Schiedges S. 28.

5) Vergl. Cosack I. S. 213c.: „Der Irrtum muss durch die Täuschung hervorgerufen sein, es genügt also nicht, dass die eine Partei von selber auf die irrige Vorstellung gekommen ist, und nun die Gegenpartei den Irrtum erkennt und zu ihrem Vorteil ausnutzt. Anders nur dann, wenn im Einzelfalle die

Formulieren wir kurz die gefundenen Resultate, so gelangen wir zu folgenden Sätzen:

I. Stets ist eine durch eine positive Handlung bewirkte Täuschung rechtswidrig.

II. Eine durch Unterlassung der Aufklärung vollzogene Täuschung ist nur rechtswidrig, wenn eine Rechtspflicht zur Aufklärung besteht.

III. Diese Rechtspflicht besteht allgemein bei den Verträgen, welche auf einem besonderen Vertrauen basieren. Zu diesen gehören nicht der Kauf und die ihm verwandten Geschäfte. Bei diesen reagiert das Gesetz regelmässig nur gegen eine Täuschung, die durch eine positive Handlung entstanden ist. Das reine Stillschweigen bei diesen Geschäften ist demnach nicht rechtswidrig und kann für die arglistige Täuschung nicht in Frage kommen[1]).

Doch hat das Gesetz auch hier wieder Ausnahmen getroffen, welche sich allerdings auch aus ihrer Verwandtschaft mit den Vertrauensgeschäften erklären lassen, indem es bei Versicherungsverträgen[2]) dem Versicherungsnehmer die Pflicht zur Mitteilung bestimmter Umstände und bei der Ausgabe von Prospekten für Papiere, die zum Börsenhandel zugelassen sind, dem Emissionshaus die Pflicht zur vollständigen Angabe wesentlicher Tatsachen auferlegt hat[3]).

Ob und wieweit das arglistige Verschweigen in den §§ 459—493 als eine weitere Ausnahme anzusehen ist, wird im nächsten Abschnitt erörtert werden.

---

irrende Partei berechtigt ist, von der Gegenpartei Aufklärung zu erwarten"; und I. S. 427 Ic: „Der Verkäufer ist durchaus nicht verpflichtet, die ihm bekannten Mängel dem Käufer anzuzeigen" — dessen Ansicht ich im übrigen, was das Verschweigen betrifft, nicht beitrete.

1) Vergl. Crome BGB. I. S. 430 Anm. 15.

2) Vergl. HGB. § 806, 1.

3) Börsengesetz vom 22. Juni 1896, § 43.

§ 5. b) Die Rechtswidrigkeit des arglistigen Verschweigens.

Analog den soeben bei Besprechung der Täuschung gemachten Ausführungen ist festzustellen, dass jedes Verschweigen des Verkäufers, durch welches eine irrige Vorstellung in dem Käufer durch ein positives Tun hervorgerufen oder bestärkt oder eine etwa schon vorhandene — bei Vorliegen eines Treuverhältnisses oder spezieller gesetzlicher Vorschrift — nicht aufgeklärt worden ist, sich als rechtswidrig darstellt.

Es ist aber auch der Fall denkbar, dass in einem der überwiegend zahlreicheren Verhältnisse, in denen Verkäufer und Käufer sich völlig fremd gegenüber stehen, der Käufer einen wesentlichen Fehler der Kaufsache nicht kennt, was der Verkäufer bemerkt, aber trotzdem den Irrtum nicht aufklärt.

Nach den obigen Ausführungen ist eine allgemeine Rechtspflicht zur Aufklärung hier nicht anzunehmen. Ob aber trotzdem nicht auch diese völlig negative Tätigkeit des Verkäufers als rechtswidrig und somit — alle andern Tatbestandsmerkmale vorausgesetzt — als arglistig zu qualifizieren ist, wird später zu untersuchen sein.

Unter der oben erwähnten positiven Tätigkeit des Verkäufers möchte ich folgende Möglichkeiten verstehen.

1. Der Verkäufer wendet besondere Mittel an, um einen Fehler der verkauften Sache zu verdecken.

2. Er lenkt die Aufmerksamkeit des Käufers von der Besichtigung der fehlerhaften Stelle ab, oder benutzt die Unmöglichkeit einer rechtzeitigen Prüfung der Sache durch den Käufer.

3. Er sichert Eigenschaften zu, die in Wirklichkeit nicht vorhanden sind,

4. Beim Tierkauf übernimmt der Verkäufer aus-

drücklich die Garantie für einen anderen Fehler als einen Hauptmangel.

Jedes derartige verheimlichende Verhalten muss notwendiger Weise den Käufer in einen Irrtum versetzen oder einen solchen schon vorhandenen bestärken.

Im folgenden sei gestattet, diese einzelnen Sätze an der Hand von Beispielen kurz zu besprechen.

Das Verstreichen oder Tünchen der mit Schwamm befallenen Stellen des Hauses ist ein Verheimlichen im Sinne des ersten Falles. Ferner das Einflechten von falschen Haaren in die Mähne des Pferdes, deren Färben, oder das Feilen der Zähne.

Dieses Verhalten des Verkäufers musste in dem Käufer den irrigen Glauben erwecken, das Pferd sei jünger und schöner als es wirklich war.

Im zweiten Falle sucht der Verkäufer durch eine bestimmte Tätigkeit den Käufer zu hindern, die Sache genauer zu untersuchen, indem er von dem zu verdeckenden Punkte die Aufmerksamkeit ablenkt, z. B. anscheinend übertrieben ehrlich einen unscheinbaren kleinen Fehler hervorhebt, des grösseren aber keine Erwähnung tut.

Dieser Fall berührt sich mit dem, dass der Verkäufer dem Käufer, von dem er weiss, dass er nicht in der Lage ist, die Kaufsache zu untersuchen, fehlerhafte Ware zusendet.

Zu diesem Punkte führt das R.O.H.G.[1]) folgendes aus:

„Nicht in jedem Falle ist das Absenden der ver-
„tragswidrigen Ware civilrechtlicher Betrug, sondern
„. . . . nur unter besonderen Umständen, wenn der Ver-
„käufer weiss, dass im vorliegenden Falle die Unter-
„suchung unterbleiben werde. Ob die Verhinderung

1) Bd. II. S. 191 vom 15. IV. 71.

„von dem Verkäufer selbst oder von einem Dritten aus-
„geht, ist unerheblich; es genügt, dass die Tatsache
„der Verhinderung dem Verkäufer bekannt ist.“

In den Fällen der Zusicherung und der vertraglichen Gewährleistung ist die das Verschweigen begleitende positive Tätigkeit in der Abgabe der Zusicherung und die Gewährleistung selbst zu finden, da hierdurch der Käufer von der genauen Untersuchung abgehalten werden soll. Demnach handelt der Verkäufer, welcher die Keimfähigkeit des Samens bei der nächsten Aussaat zusichert und dadurch verhehlt, dass der Samen wurmmässig oder von Unkraut durchsetzt ist, rechtswidrig.

Der gleiche Verstoss liegt in dem Verschweigen, dass eine nach Zusicherung zur Zucht geeignete, trächtige Kuh bisher nur tote Kälber geworfen hat; auch in dem Verschweigen, dass eine historische Rarität stark erneuert ist.

Entsprechend handelt bei der vertraglichen Erweiterung der gesetzlichen Gewährleistung beim Viehkauf der Verkäufer rechtswidrig, wenn er z. B. die weitere Haftung dafür unternommen, dass das Fohlen keine Neigung zu — nicht periodischen —[1]) Augenerkrankungen habe, ohne anzugeben, dass es von einer starblinden Stute geboren ist.

Auch hier wird der Käufer im Vertrauen auf die Sicherheit, die ihm durch die vertragsmässige erweiterte Haftung gewährt wurde, die Prüfung unterlassen haben.

Diese letzten Fälle nähern sich schon den auf ein höheres Vertrauen gegründeten Verhältnissen (vgl. S. 41 d. A.).

So ist das Mündel bei einem Kaufe von seinem

---

1) Das wäre ja ein Hauptmangel; vergl. die Verordnung § 1 Nr. 5.

früheren Vormund berechtigt, Aufklärung über verborgene Fehler der Sache zu erwarten. Auch ein feierliches Versprechen des Verkäufers kann zu dieser Annahme berechtigen.

Mit den bisher gefundenen Resultaten im wesentlichen übereinstimmend äussert sich auch Schiedges (S. 36/38). Nur ist er in einem Punkte abweichender Ansicht; während ich nämlich das rechtswidrige Element in der verheimlichenden Tätigkeit des Verkäufers sehe, sucht er es in der Erschwerung der Prüfung für den Käufer.

Was aber die Beantwortung der oben aufgeworfenen Frage, ob ein reines Stillschweigen des Verkäufers rechtswidrig sein kann, betrifft, so weichen unsere Anschauungen durchaus von einander ab.

Ich behaupte, dass das Gesetz für den Verkäufer die Rechtspflicht geschaffen hat, den Käufer über das Vorliegen eines nach § 459, 1 wesentlichen Mangels wie eines nach § 482 in Verbindung mit der Verordnung vom 27. März 1899 zu den Hauptmängeln gehörenden Fehlers aufzuklären, und dass folglich auch hier die Unterlassung der Aufklärung rechtswidrig ist[1]).

Schiedges sucht seine gegenteilige Ansicht durch ein argumentum e contrario wie folgt zu beweisen.

§ 444 verpflichtet den Verkäufer über die rechtlichen Verhältnisse des verkauften Gegenstandes Auskunft zu erteilen, welche Verpflichtung man auch auf den zu verkaufenden Gegenstand annehmen dürfe.

Das Fehlen einer derartigen Bestimmung aber in den

---

1) Im scharfen Gegensatz hierzu stehen Scherer und Cosack (BGB. I. S. 432). Letzterer hat die Arglist sehr eng aufgefasst und rechnet hierzu nur die Fälle, in denen der Verkäufer wider Treu und Glauben dem Käufer die Prüfung erschwert oder ihn durch die Mängel „boshaft zu schädigen“ beabsichtigt (s. auch S. 56 d. A.). Vergl. Scherer II. S. 194.

§§ 459 fg. spreche gegen die Annahme einer Rechtspflicht, den Käufer über Fehler und Mängel des zu verkaufenden Gegenstandes aufzuklären.

Dieser Schluss ist indessen ein Trugschluss, denn, wie auch Merkel[1]) und Heilbronner[2]) betonen, bekundet derjenige, welcher über ein bestimmtes Geschäft in Verhandlungen steht, damit seine Bereitwilligkeit, nicht nur ein Geschäft überhaupt abschliessen zu wollen, sondern gerade eines der betreffenden Art. Mit dem Abschlusse dieses Geschäftes haben damit beide Parteien ihren Willen kundgegeben, dass alle Voraussetzungen, mit denen beide Parteien entsprechend der Natur des Geschäftes an dasselbe heranzutreten berechtigt sind, auch erfüllt sein sollen; somit enthält der Abschluss eines Vertrages, resp. die Lieferung auch die Behauptung, dass kontraktmässig geliefert werde, d. h. dass der Verkäufer die Sache nicht mit verborgenen Fehlern behaftet weiss, für welche er Gewähr zu leisten hat. Hiermit hat er dem Käufer Grund zu der — in Wirklichkeit irrigen — Annahme der vertragsmässigen Beschaffenheit gegeben.

Ferner aber ist das Schweigen des Verkäufers gleich einem Versuch, sich der vom Gesetz ihm auferlegten Haftpflicht für die bestimmten Mängel zu entziehen.

Schliesslich stütze ich meine Ansicht auf die Wahl des Wortet „Verschweigen“ im Gesetze selbst.

In diesem Worte ist das Nichttun so scharf in Gegensatz zum Worte „Täuschung“ gestellt, dass ohne Absicht diese Wahl nicht zu begreifen wäre. Wenn „arglistiges Verschweigen“ nicht anderes bedeuten sollte als „arglistige Täuschung“ von seiten des Verkäufers über bestimmte physische Fehler der Sache, so wäre das Wort irreführend und somit schlecht gewählt.

1) Merkel a. a. O. S. 155 f.
2) Heilbronner a. a. O. S. 34 f.

Sowie wir aber „Verschweigen“ in dem Sinne zu verstehen haben, dass da, wo das Gesetz von „Verschweigen“ spricht, eine über die bei der Täuschung auferlegte, noch hinausgehende Aufklärungspflicht, resp. ein Verstoss gegen diese, gemeint ist, entspricht die wörtliche Erklärung des Wortes genau der, welche dem Verschweigen durch den Zusammenhang im Gesetz beigelegt ist.

Der Käufer kann demnach mit Recht erwarten, dass der Verkäufer nicht nur in der Gegenpartei keinen Irrtum erregt, sondern auch dass er einen solchen aufklärt. Die Unterlassung dieser pflichtgemässen Aufklärung ist somit rechtswidrig[1] [2].

Das hier gefundene Ergebnis entspricht genau dem von Haager[3] aufgestellten Satz, dass stets in den Fällen, in denen im Zivilrecht eine Nichtigkeits- oder Entschädigungsklage gegeben ist, die Verletzung der Rechtspflicht zu reden vorliegt.

Wenn also ein Spekulant in Grundstücken einem Manne einen Bauplatz für die Errichtung eines Hotels verkauft und dabei verschweigt, dass die Konzession hierfür bereits in einem früheren Falle verweigert worden ist, so hat er gegen die Pflicht zur Aufklärung verstossen.

Die Verweigerung der Konzession, wenn sie nicht aus persönlichen Gründen gegen den damaligen Besitzer verweigert worden war, berechtigt den Käufer, die ihm

---

1) Vergl. für das alte Recht R. G. in Civils. Bd. 31 S. 163, wonach für das G. R. der Verkäufer nach Treu und Glauben schlechthin verpflichtet ist, die ihm bekannten wesentlichen Mängel des Kaufgegenstandes vor dem Vertragsschlusse dem Käufer anzuzeigen und er im Falle der Unterlassung wegen Arglist haftet.

2) Vergl. ferner die bei Schiedges S. 28 Anm. 3, 4 und 5 angegebene Literatur.

3) Haager, Im Gerichtssaal Bd. 17, S. 575.

vom Gesetz gegebenen Ansprüche geltend zu machen; da ja gerade in dem Umstande, dass der Platz für den Bau eines Hotels geeignet sein sollte, ein Vorzug desselben vor anderen Grundstücken lag.

In gleicher Weise handelt der Verkäufer rechtswidrig, wenn er nicht angibt, dass ein zu den Hauptmängeln gehörender Fehler vorhanden ist, z. B. wenn der Händler verschweigt, dass das Pferd den Dummkoller hat (s. Verordnung § 1 Nr. 2), oder dass es ein Krippensetzer ist (s. Verordnung § 1 Nr. 6).

Nicht sind zu diesen Fällen die zu rechnen, dass der Verkäufer verschweigt, dass das Zucht- und Nutztier an einem Nichtgewährsfehler leidet, z. B. das verkaufte Pferd taub ist, ohne weiter zu versuchen, einen Irrtum des Käufers darüber zu unterhalten.

Hier ist nach dem Gesetz keine Haftpflicht begründet, und nur im Rahmen eines solchen darf eine Aufklärungspflicht als vorliegend angenommen werden.

Das Gesetz unterstellt nämlich, dass nur die Hauptmängel den Wert oder die Tauglichkeit des Tieres mindern[1]). Das Schweigen des Verkäufers in Fällen, wie den eben erwähnten, ist also kein rechtswidriges[2]).

Hat sich der übervorteilte Käufer die Fehlerfreiheit des Tieres in diesen Spezialfällen nicht zusichern lassen, so ist ihm höchstens in einzelnen, krassen Fällen mit § 138 Abs. 1 und hauptsächlich mit Abs. 2 zu helfen[3]).

---

1) Nach Planck (II. S. 262 Abs. 1b zu § 482) schliesst das Gesetz zur Vermeidung erfolgloser Prozesse hier die Haftung des Verkäufers aus; zustimmend Enneccerus und Lehmann I. S. 554 § 250b.

2) Vergl. Motive II. S. 263; Stölzle S. 76. VII. I; Scherer IV. S. 557. II. zu § 476; Planck II. S. 263 Anm. 2 zu § 482; Cosack I. S. 448.

3) Vergl. Dernburg BGB. II. S. 15: „Sachwucher macht den Verkauf nichtig“, und Scherer II. S. 557, dessen Meinung

Es gilt hier mehr noch als sonst der Satz „Augen auf für Geld".

Streitig ist, ob der Verkäufer im Falle des § 461, wenn eine fehlerhafte Sache als Pfand, auf Grund eines Pfandrechts, in öffentlicher Versteigerung verkauft wird, durch sein Verschweigen rechtswidrig gehandelt hat.

Im Anschluss an Planck[1]) ist als richtig anzunehmen, dass, da nach § 461 keine Haftpflicht besteht, auch wenn dem Verkäufer der Fehler der Sache bekannt war, die Aufklärungspflicht zu verneinen ist.

Eine Aufklärungspflicht des Verkäufers ist aber stets zu verneinen, wenn dieser allgemein auf das Vorliegen von Fehlern hingewiesen hat.

Sehr häufig ist z. B. der Fall, dass der Verkäufer annonciert: „Ausverkauf brandbeschädigter Waren, Verkauf von Kaffee, der durch Seewasser beschädigt ist" — wie sich häufig solche Anzeigen in den Hamburger Zeitungen finden. —

Eine Pflicht zur Spezialisierung der Fehler kann dem Verkäufer dann nicht mehr zugemutet werden.

In gleichem Sinne entschied das RG.[2]), dass die Klausel „wie zu besehen" das Schweigen des Verkäufers nicht als ein rechtswidriges erscheinen lasse, wenn der Fehler bei ordnungsmässiger Besichtigung erkennbar gewesen wäre.

Für das Verhältnis zwischen dem arglistigen Verschweigen und der Täuschung ergibt sich demnach für die objektive Rechtswidrigkeit, dass bei dem Verschweigen

---

im übrigen ich aber nicht beitreten möchte; ferner Planck a. a. O.

1) Planck II. S. 248 Anm. 1 zu § 461. Abweichend Oertmann a. a. O. S. 185 § 461 id.

2) R. G. in Civils. Bd. 31, S. 163.

die Aufklärungspflicht allgemein die Mitteilung bestimmter physischer Fehler erfordert; während bei der Täuschung eine solche nur besteht, wenn die Kontrahenten in einem auf besonderem Vertrauen gegründeten Verhältnisse zu einander stehen.

Was die positive Tätigkeit des Täuschenden und Verschweigenden betrifft, so stimmen beide Begriffe in dieser Hinsicht überein.

Wegen der Begrenzung des Verschweigens auf die Paragraphen 459—493 sind wir aber in der Lage gewesen, festzustellen, in welcher Weise sich das positive, das Verschweigen begleitende Tun des Verkäufers äussert.

II. Teil. Der subjektive Tatbestand.

§ 6. Das innere Verhalten des Arglistigen. — Arglist ist gleich Vorsatz. — Die Arglist wird durch ein gutes Motiv nicht ausgeschlossen.

Bei der Durchsicht der vielen in der Literatur gegebenen Definitionen der arglistigen Täuschung fällt auf, dass diese ganz verschiedene Anforderungen an den subjektiven Tatbestand stellen.

Nur in einem Punkte besteht Einigkeit unter den Autoren, dass die Arglist sich als eine Abart des vorsätzlichen Verschuldens darstellt[1]).

Die Streitfrage, ob dolus und culpa einander gleichzustellen seien, welche für das Gemeine Recht lange Zeit brennend war, aber auch da von der herrschenden Meinung schliesslich verneinend beantwortet wurde, ist also für das BGB. nicht mehr vorhanden.

---

1) Vgl, Zitelmann BGB. I. S. 154, 4. — Siehe ferner die S. 55/56 aufgeführten Definitionen.

Sowohl in den Beratungen über das Gesetz wurde diese Meinung ausgesprochen — vergl. z. B. Protokolle II. S. 380 zu § 604 des I. Entwurfes —; ferner liegt der Beweis im Gesetze selbst in der konsequenten Durchführung der Unterscheidung zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz.

Da dieser Begriff unbestrittenermassen ein gemeinschaftlicher Zug der Täuschung wie des Verschweigens ist, so ist auf das Wesen des Vorsatzes näher einzugehen.

Was ist unter Vorsatz zu verstehen?

Vorsatz ist ein bewusstes, d. h. von keinem fremden Willen beherrschtes, also frei gewolltes Handeln.

Der arglistig Täuschende ist sich also bewusst, dass er eine unwahre Mitteilung macht oder eine pflichtgemässe — vgl. Seite 41 d. A. — unterlässt; ferner will er die äussere Aktion, die die Irrtumserregung in sich schliesst[1]).

Erfolgt das Handeln im Zustande der Bewusstlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschliessenden Zustande, z. B. bei krankhafter Störung der Geistestätigkeit, so ist Vorsatz naturgemäss ausgeschlossen.

Es liegt nahe zu fragen, ob das Gesetz mit der Wahl des Wortes „arglistig" noch dem Vorsatzbegriff ein weiteres Kennzeichen zufügen wollte, oder ob die Arglist genau dem Vorsatz entspricht.

Die letztere Ansicht ist die richtige; durch arglistig wird somit der Täuschung kein neues Element hinzugefügt, sondern lediglich das Erfordernis des Vorsatzes betont[2]).

In diesem Punkte weichen aber die von den Rechts-

---

1) Übereinstimmend Kretzschmar S. 52; Schiedges S. 62.

2) Vergl. Wendt, Unterlassungen, S. 135, 136.

3) Hölder BGB. I. S. 272 zu § 123.

lehrern gegebenen Definitionen erheblich von einander ab. Man kann diese in zwei Gruppen teilen.

Während die eine[1]), welche auch die soeben von mir geäusserte Meinung teilt — je nach der Stellung, welche der betreffende Autor zur Willens- oder Vorstellungstheorie einnimmt — eine vorsätzliche resp. absichtliche Täuschungshandlung als arglistig ansieht, glaubt die andere weit zahlreichere Gruppe[2]) ein böswilliges oder schädigendes Motiv des Täuschenden annehmen zu müssen.

Als Beispiel für die Anschauung der ersten Gruppe stelle ich die von Matthiass gegebenen Tatbestandsmerkmale der Definition, welche sich bei Crome findet, gegenüber.

Matthiass betont folgende Momente.

„Arglistige Täuschung, d. h. Erregung oder Benutzung eines Irrtums. . . . Es muss ursächlicher Zusammenhang zwischen der Täuschung und der Abgabe der Willenserklärung bestehen.

„Die Abgabe der Willenserklärung muss erfolgt sein und Erregung und Benutzung des Irrtums müssen zu diesem Zweck bewirkt sein. Der Vorsatz des Täuschenden muss die Bestimmung des Getäuschten zur Abgabe der Erklärung umfassen."

Mit Recht fehlt hier im Tatbestand die Angabe eines guten oder bösen Motives.

---

1) Hierunter möchte ich zählen: Matthiass I. S. 222 § 53_2 b; Planck I. Anmerk. zu § 123 S. 173; ferner II. Anmerk. zu § 443; Enneccerus-Lehmann I. S. 185; Hölder I. S. 272 § 123; Steinberg S. 27 IV; Kretzschmar S. 57.

2) Verwiesen sei hier auf Crome I. S. 439; Scherer I. S. 193; Endemann I. S. 312; Garcis, Allg. T. S. 149 zu § 123; Rehbein I. S. 148 zu 123; Leonhard I. S. 523; Cosack I. S. 238, 237_2a und 433; Kaufmann I. S. 109_2a; Raschke S. 93/94; Oestreich S. 41; Müller S. 55.

Im Gegensatz hierzu definiert Crome die arglistige Täuschung wie folgt.

„Arglistige Täuschung liegt dann vor, wenn vorsätzlich, böswillig durch Handeln wider besseres Wissen, der fremde Wille zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt worden ist, und zwar durch Erregung oder Unterhaltung eines Irrtums."

Wenn die letztere Gruppe das arglistige Moment der Täuschung in einem böswilligen[1]) Motiv sucht, so geschieht dies in dem richtigen Gefühl, dass „arglistig" neben „vorsätzlich" sprachlich noch einen andern Punkt enthält.

Statt aber die Arglist, wie es doch allein richtig ist, auf die rechtswidrige und dem Getäuschten unbewusste Einwirkung auf dessen Willen zu beziehen, wird in diesen Definitionen das Vorliegen der Arglist von den Beweggründen des Täuschenden aus beurteilt, und so konstruiert man die Schädigungsabsicht, Böswilligkeit, Rachsucht als Voraussetzungen der Arglist.

Rehbein[2]) und Leonhard[3]) betonen besonders, dass nur die Täuschung eine arglistige ist, bei welcher der Täuschende den Irrtum „in böslicher Absicht wusste und wollte".

Wenn Rehbein weiter sagt: „Ausgeschlossen wird die bösliche Absicht durch die Absicht jemanden zu seinem Besten zu täuschen", so hat diese Auffassung im ersten Augenblick etwas ungemein Einleuchtendes, sie kann aber bei genauer Prüfung nicht bestehen.

Rehbeins Gedankengang ist hierbei etwa folgender:

List sei die Verschleierung irgend welcher Absicht; letztere könne zuweilen auch eine gute sein, z. B. wenn man einen Kranken durch List bewege, eine Arznei zu

1) s. Cosacks Definition auf S. 48 d. A.
2) Rehbein BGB. I. S. 148 B.
3) Leonhard BGB. I S. 523.

nehmen. Das Wort arglistig schliesse aber begrifflich jede gute Absicht aus, folglich können Arglist nie vorliegen, wenn der Täuschende im Interesse — sei es im wirklichen oder vermeintlichen — der andern Partei zu handeln glaubte.

Diese Auffassung teilt Leonhard (a. a. O.), er fordert hierbei das Vorliegen von Bosheit, Rachsucht oder einem ähnlichen Motiv und folgert etwa folgendermassen:

Bei einer nur vorsätzlichen Täuschung, wie sie wäre, wenn A dem B aus Schonung verschweigt, dass dessen Leiden unheilbar ist, und letzterer durch seinen Irrtum über seinen Gesundheitszustand zu Ausgaben veranlasst wird, die er sonst nicht gemacht haben würde, z. B. zum Ankauf eines Hauses, habe sich A der Arglist nicht schuldig gemacht.

Leonhards Anschauung kann nicht beigetreten werden.

In dem gegebenen Beispiel hat A allerdings auch nach meiner Ansicht nicht arglistig gehandelt, jedoch nicht, weil sein Motiv ein gutes war, sondern weil der Kausalzusammenhang zwischen der Täuschung des A und der Willenserklärung des B — das Haus zu kaufen — fehlte. Anders läge der Fall, wenn A Arzt ist und von seinem Patienten B gefragt wird, ob sein Gesundheitszustand ihm erlaube, sich noch ein Geschäft zu kaufen. Falls A den B über sein Befinden — sei es auch aus Schonung — täuscht, so hat B das Recht dem über den Sachverhalt orientierten Verkäufer gegenüber, den Kaufvertrag anzufechten und hat evtl. Schadensersatzansprüche aus § 823, 1 BGB. gegen den Arzt.

Es ist also daran festzuhalten, dass unabhängig von einer objektiv oder subjektiv guten Absicht des Täuschenden jede vorsätzliche Täuschung auch eine arglistige ist[1]).

1) Vergl. Planck I. S. 173 Anm. 2 zu § 123: „Arglist wird

Was das arglistige Verschweigen betrifft, so finden die hier entwickelten Sätze auch auf dieses analoge Anwendung.

Also auch das arglistige Verschweigen ist ein vorsätzliches und wird durch ein gutes Motiv nicht ausgeschlossen.

Fälle dieser Art werden jedoch mehr theoretischer Natur und für die Praxis bedeutungslos sein, da bei einem Verschweigen von Fehlern von einer guten Absicht kaum die Rede sein kann.

Wie dem auch sei, stets wird die vielleicht an sich gute Absicht durch das verwerfliche Mittel der widerrechtlichen Beeinflussung schlecht gemacht.

§ 7. Die Beziehung zwischen dem inneren Verhalten des Arglistigen und dem Erfolg.

Was das Verhältnis zwischen dem innern Verhalten, d. h. dem Vorsatze, und dem Erfolg betrifft, so stehen sich hier die von Zitelmann[1]) begründete Vorstellungstheorie und die Willenstheorie gegenüber.

Nach der letzteren muss sowohl das äussere Verhalten als auch der Erfolg gewollt sein, der Vorsatz muss also beides umfassen. Nach der Vorstellungstheorie liegt aber Vorsatz bereits vor, wenn der Erfolg der gewollten äussern Handlung schon voraussehbar war. Es genügt also hier das Bewusstsein, dass als Folge des äussern Verhaltens möglicherweise ein bestimmter Erfolg eintreten werde.

Die Vorstellungstheorie stellt also geringere An-

dadurch nicht ausgeschlossen, dass der Täuschende im Interesse des andern Teiles zu handeln glaubte, indem er ihn durch die Täuschung zur Willenserklärung bestimmte."

1) Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 146 f.

sprüche als die Willenstheorie, indem sie sich mit der blossen Voraussetzung des möglichen Erfolges begnügt; ihr hat sich auch das BGB. im Gegensatz zu den Motiven [1]), welche noch auf dem Boden der Willenstheorie standen, angeschlossen, wie Zitelmann in zutreffender Weise ausführt [1]).

Sehr entschieden vertritt Crome [2]) dieselbe Ansicht, indem er den Vorsatz als „Handeln in Voraussicht" (Vorstellung) des rechtswidrigen Erfolges definiert [3]).

Auf diese Streitfrage [4]) jedoch näher einzugehen, würde den Rahmen dieser Arbeit überschreiten.

Folgt man der heute vorherrschenden und wohl auch zutreffenden Vorstellungstheorie, so fällt unter Vorsatz nicht nur die auf Erreichung des Erfolgs gerichtete Absicht, sondern auch jedes Handeln in einem mehr oder minder sichern Bewusstsein über den Erfolg. Insoweit ist hier für den dolus eventualis Raum, jedoch ist aber eindringlich vor einer Überspannung dieses „allzuflüssigen Begriffes" zu warnen.

Bei einem unsicheren Bewusstsein über den Erfolg ist festzuhalten, dass, sowie dieser von dem Täuschenden nicht mehr gebilligt wird, auch von einem Vorsatz zu täuschen nicht mehr die Rede sein kann.

---

1) Zitelmann BGB. I. S. 156.

2) Crome BGB. I. S. 484, 3a und die Anmerkung Nr. 16: „abzulehnen ist die sog. Willenstheorie, welche das Willen des Erfolges verlangt".

3) Vergl. ferner Endemann BGB. I. § 112 Anm. 6 und Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse S. 36.

4) Durchaus abweichend äussern sich: Enneccerus und Lehmann BGB. I. S. 230; Cosack BGB. I. S. 237; ferner von Hippel in der Festgabe für Regelsperger S. 431. Nach Hippel haben nur Zitelmann und Endemann den Versuch gemacht, das BGB. der Vorstellungstheorie dienstbar su machen (a. a. O. S. 434).

Schwierig ist die Entscheidung der Frage, inwieweit eine unsichere Kenntnis über die Wahrheit bezw. Unwahrheit der Mitteilung dem Tatbestande der Arglist genügt.

Ein Zweifel des Mitteilenden an deren Wahrheit kann nicht hinreichen, sondern die Angaben müssen „geradezu wider besseres Wissen“[1]) gemacht worden sein[2]).

Viel zu weitgehend ist die Meinung von M. Raschke[3]), ihr zufolge soll schon das Bewusstsein, die Verhältnisse nicht genügend zu kennen, um Zusicherungen geben zu können, und die trotzdem gegebene Zusicherung dem Tatbestand der Arglist genügen.

Raschke hat damit die Grenzen zwischen dolus eventualis und culpa lata überschritten. Jedoch auch den an sich interessanten und scharfsinnigen Ausführungen Schiedges[4]) kann hier nicht beigepflichtet werden, da sie der subjektiven Auffassung des Richters zuviel Raum gewähren.

Schon aus Zweckmässigkeitsgründen verbietet sich eine ausgedehnte Interpretation des Begriffs „Arglist“. Denn dem Getäuschten, zumal dem Käufer einer fehlerhaften Sache stehen aus dem jeweiligen Schuldverhältnisse genügende Mittel zur Verfügung — wenn auch in bestimmten, zeitlichen Grenzen — um die unerwünschten Folgen der beeinflussten Willenserklärung abzuwenden.

Ebenso ist es unverkennbar, dass es nur bei einem zweifellos arglistigen Handeln gerecht erscheint, den Arglistigen die Folgen einer Handlung, welche ihn auf lange

---

1) Vergl. die Definition von Crome, hier mitgeteilt S. 56; ferner Cosack BGB. I. S. 213; Dernburg BGB. II. S. 56.

2) Abweichend Süssheim a. a. O. S. 208, wonach ein „subjektiv auf bewusster Lässigkeit“ beruhendes, falls objektiv rechtswidrig, Stillschweigen auch ein arglistiges ist.

3) Raschke S. 95.

4) Schiedges S. 68 ff.

Jahre hinaus dem Betrogenen gegenüber binden würde, fühlen zu lassen.

Vergegenwärtigt man sich den Gedankengang des arglistig Täuschenden von dem Beginn der Ausführung der Täuschung bis zum endlich eingetretenen Erfolg, so gewinnt man folgendes Bild.

Zunächst erfolgt ein vorsätzliches Sagen der Unwahrheit oder ein Schweigen trotz Rechtspflicht zur Aufklärung.

Der Täuschende ist sich dabei bewusst, dass seine Handlung eine irrige Vorstellung in der Gegenpartei herbeiführen kann.

Diese tritt ein und wird von dem Getäuschten auf den Vertragswillen übertragen.

Auf Grund dieses Willens gibt der Getäuschte eine scheinbar unbeeinflusste Willenserklärung ab, welche aber die Folge der von dem Täuschenden gesetzten Ursache ist.

Dieser hat somit den Erfolg, welcher in der Regel ein ihm ein günstiger und dem Getäuschten schädlicher sein wird, herbeigeführt. Nicht aber ist die Vorstellung dieser letzten Wirkung als Tatbestandsmerkmal anzusehen. Ganz ausgeschlossen ist dies bei der arglistigen Täuschung, da hier ein entstandener Schaden weder zum Tatbestande gehört, noch in allen Fällen eingetreten sein wird.

Im Unterschiede hierzu wird bei dem arglistigen Verschweigen — auf welches die hier für die Täuschung aufgestellten Sätze voll und ganz zutreffen — in dem Verkäufer die Vorstellung eines den Käufer schädigenden Erfolgs und die Hoffnung auf einen Vermögensvorteil für sich selbst in der Regel vorhanden sein.

Dieses Bewusstsein darf jedoch auch hier nicht als zum Tatbestand gehörig angesehen werden, diese Forderung ist im Gesetz auch nicht begründet, denn dieses hebt

in allen Fällen, in denen es eine Vorstellung des Schadens verlangt — wie in § 826, auch § 1456 BGB. dieses Merkmal ausdrücklich hervor.

§ 8. Die Beziehung zwischen dem inneren Verhalten und der Rechtswidrigkeit.

Die für den gemeinrechtlichen Dolus des Verkehrsrechtes[1]) noch unentschiedene Streitfrage, ob das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zum Tatbestand gehöre, ist für das BGB. durchaus zu bejahen[2]).

Dies umsomehr, als jede auf Irrtum berechnete Täuschung, wie jedes Verschweigen um einen solchen nicht aufzuklären, die Tatsache in sich birgt, dass der Handelnde bezw. Unterlassende sich der Rechtswidrigkeit seines Tuns bewusst sein muss.

Ein Irrtum des Täuschenden kommt stets inbetracht, sofern er ein solcher über Tatsachen ist, ein Rechtsirrtum jedoch nur insoweit, als er das Verschulden überhaupt ausschliesst[3]).

Hält der Täuschende infolge eines besonderen Umstandes die Rechtswidrigkeit für ausgeschlossen, so wird, auch wenn diese Ansicht auf einem sonst bedeutungslosen Rechtsirrtum beruht, doch sein Verhalten nicht als arglistig zu bezeichnen sein.

Konnte z. B. der Verkäufer — und mit ihm wohl jeder andere in seiner Lage — annehmen, dass der Käufer eine an dem verkauften Gegenstande vorgenommene Repa-

---

1) Vergl. Pernice, Labeo II. 7; IV. Kap. 2 S. 74.

2) Vergl. Matthiass I. § 61; II. b 1 S. 271. „Bewusstsein", die Handlung werde den rechtswidrigen Erfolg herbeiführen. Zitelmann BGB. I. S. 157, 3. Der Handelnde muss die objektive Rechtswidrigkeit seines Verhaltens, bezw. der Verursachung dieses Erfolges kennen.

3) Crome BGB. I. S. 485.

ratur — d. h. ein Ausbessern, kein Verdecken des Fehlers — als Fachmann bemerken werde, oder dass der niedrige Preis auf das Vorliegen eines Mangels hinweise, so fehlt hier die Vorstellung des Erfolgs und auch der Täuschungsvorsatz.

Häufig wird aber auch die objektive Rechtswidrigkeit fehlen, wenn in dem ganzen Gebahren des Verkäufers der Hinweis auf verborgene Fehler liegt (vergl. S. 52 d. A.).

Unter Umständen kann sogar das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit fehlen bei einer Mitteilung wider besseres Wissen, vorausgesetzt, dass durch diese die Gegenpartei gar nicht rechtswidrig beeinflusst werden sollte. So kann der Verkäufer, der weiss, dass sein Grundstück nur 18 Ar gross ist, dessen Umfang auf 20 Ar angeben, indem er glaubt, diese Erhöhung sei eine statthafte Abrundung[1]).

Die Praxis wird aber auf Seiten dieses Verkäufers das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit präsumieren, letzterer würde also für das Gegenteil beweispflichtig werden.

Abschliessende Erörterungen.

§ 9. Die Definitionen der arglistigen Täuschung und des arglistigen Verschweigens und Vergleich beider Begriffe mit dem Betrug des § 263 StGB.

Wenn wir, am Schlusse der Arbeit angelangt, das Resultat unserer Untersuchungen kurz wiedergeben sollen, so lässt sich dieses in folgenden Sätzen zusammenfassen.

I. Die arglistige Täuschung ist ein vorsätzliches, bewusst rechtswidriges und rechtsverletzendes Handeln, bezw. Unterlassen, um einen fremden Willen vermittels des in ihm erregten oder benutzten Irrtums zur Abgabe einer Willenserklärung zu bestimmen.

---

1) Beispiel bei Cosack BGB. I. S. 216.

II. Arglistiges Verschweigen im Sinne der §§ 459—493 liegt vor, wenn der Verkäufer die Mitteilung des ihm bekannten Mangels, unter Verletzung der Aufklärungspflicht vorsätzlich unterlässt, um den Käufer in einem Irrtum zu belassen und eine durch diesen beeinflusste Willenserklärung herbeizuführen.

Den beiden civilrechtlichen Begriffen ist der strafrechtliche des Betruges nahe verwandt. Der Tatbestand des § 263 StGB. erfordert, dass in der Absicht, sich oder einem andern einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines andern dadurch beschädigt wurde, dass in diesem durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen ein Irrtum erregt oder unterhalten wurde.

Im Gegensatz zur Täuschung und dem Verschweigen, welchen beiden eine Bereicherungs- resp. Schädigungsabsicht gänzlich fremd ist, erfordert also der objektive Tatbestand des Betruges, dass ein Vermögensschaden entstanden sein muss, ferner der subjektive, dass die Handlung des Betrügers von der Absicht der rechtswidrigen Verschaffung eines Vermögensvorteiles geleitet gewesen sein muss.

Damit die Täuschung oder das Verschweigen strafrechtlich geahndet werden kann, muss zunächst also die Mehrung des eigenen oder eines dritten Vermögens die Triebfeder des Handelns gewesen sein[1]), dann muss auch der Irrtum nachteilig auf das Vermögen der Gegenpartei gewirkt haben.

Es bleibt aber noch zu prüfen, inwieweit die von dem Täuschenden oder Verschweigenden angewandten

---

1) Was wohl — von den Fällen der Täuschung in guter Absicht abgesehen — den Regelfall bildet.

Mittel zur Irrtumserregung bezw. Benutzung sich mit den im Strafgesetz aufgeführten decken.

Jede Täuschung durch ein positives Handeln entspricht der Vorspiegelung falscher, resp. der Entstellung wahrer Tatsachen. Hat ferner der Täuschende durch sein Schweigen eine rechtliche Verpflichtung zur Offenbarung der Wahrheit[1]) verletzt oder war sogar mit seinem Verschweigen ein auf Täuschung berechnetes, aktives Verhalten verbunden, so steht stets das Schweigen dem Unterdrücken wahrer Tatsachen gleich. Hierüber besteht Übereinstimmung.

Es ist jedoch Streitfrage, inwieweit in dem arglistigen Verschweigen der §§ 459—493 eine Unterdrückung wahrer Tatsachen gefunden werden kann.

Sofern eine verheimlichende Tätigkeit des Verkäufers das Verschweigen begleitet, in welchen Fällen das Verschweigen sich mit der Täuschung berührt, entspricht die Tätigkeit einer Entstellung oder einer Unterdrückung wahrer Tatsachen.

Ebenso macht bei Zusicherungen, vertraglich erweiterter Haftung und bei bestimmten Treuverhältnissen das Schweigen durch seinen konkludenten Charakter strafbar.

Schliesslich kann es keinem Bedenken unterliegen, auch das arglistige Verschweigen eines nach § 459, 1 und § 482 wesentlichen Fehlers, bezw. Hauptmangels — ohne jedes aktive Verhalten — weil hier zivilrechtlich die Aufklärungspflicht verletzt ist, der Unterdrückung wahrer Tatsachen gleichzustellen.

Schon Landsberg[2]) hatte darauf hingewiesen, dass überall, wo privatrechtlich Dolus vorliege, die genügende Grundlage zur kriminellen Verfolgung des in Unterlassungsform begangenen Betruges vorhanden sei.

---

1) Vergl. z. B. HGB. § 806.

2) Kommissivdelikte durch Unterlassung S. 271.

Das Reichsgericht[1]) hatte jedoch die Frage, ob in dem arglistigen Verschweigen des Fehlers einer Ware strafrechtlicher Betrug begründet sei, in verneinendem Sinn entschieden.

Da aber das Reichsgericht selbst verlangt hatte, dass eine Rechtspflicht zur Offenbarung der Wahrheit vorliegen müsse, um eine Verurteilung nach § 263 StGB. zu ermöglichen, wenn sich mit dem Vorbringen nicht ein auf Täuschung berechnetes aktives Verhalten verbinde[2]), so war die oben angeführte Entscheidung schon für das Gemeine Recht inkonsequent. Das Reichsgericht hatte nämlich durch den VI. Zivilsenat am 27. März 1893[3]) entschieden, dass das Verschweigen von Fehlern und Mängeln arglistig, d. h. zivilrechtlicher Betrug sei.

Aber auch von dem Standpunkte aus, dass eine Pflicht zu reden dann vorliege, wenn nach den Grundsätzen des Zivilrechtes eine Nichtigkeits- oder Entschädigungsklage[4]) begründet sei, war hier die Rechtspflicht zur Offenbarung der Wahrheit verletzt. Folglich hätte das RG. das arglistige Verschweigen als Betrug auffassen müssen.

Für das neue Recht ist jene Entscheidung vom 9. 11. 1880 aber ganz unhaltbar. Denn das BGB. hat in logischer Fortführung seiner Auffassung von Treu und Glauben, die diesem Prinzip zu grunde liegende Pflicht der gegenseitigen, redlichen Behandlung auch bei Kontrakten zu einer Rechtspflicht erhoben.

Das Unterlassen der Aufklärung steht also hier der Unterdrückung wahrer Tatsachen gleich, und macht der arglistige Verkäufer — falls im übrigen der Tatbestand

1) R. G. in Strafsachen vom 9. XI. 1880. Bd. II. S. 430.
2) R. G. in Strafs. vom 26. VI. 98. Bd. 31 S. 308.
3) R. G. in Civils. Bd. 31 S. 163.
4) Haager, im Gerichtssaal Bd. 27 S. 588.

des § 263 StGB. gegeben ist — sich wegen Betruges strafbar.

§ 10. Was gehört für die Partei, welche ein arglistiges Verhalten der Gegenseite behauptet, zum Beweise?

Demjenigen, welcher die ihm unbequemen Folgen einer arglistigen Täuschung oder die einer durch arglistiges Verschweigen beeinflussten Willenserklärung abwenden will, stehen zwei Mittel zu Gebote, nämlich in der Form der Klage und der Einrede.

In beiden Fällen hat der, welcher sich auf die Arglist des Gegners beruft, den Beweis für dessen arglistiges Verhalten zu erbringen.

Der arglistig Getäuschte hat zu diesem Zwecke zu beweisen[1]), dass die Gegenpartei objektiv rechtswidrig und im Bewusstsein der Rechtswidrigkeit in ihm einen Irrtum herbeigeführt oder einen solchen nicht aufgeklärt hat.

Ferner, dass er — der Getäuschte — durch diesen Irrtum zu einer Willenserklärung bestimmt worden ist.

Für die Anfechtung aus § 123 BGB. ist der Nachweis eines Schadens nie erforderlich.

Wenn Anfechtender — unter welcher Bezeichnung ich hier auch den verstehe, der die Einrede der Arglist erhebt — bewiesen hat, dass der Gegner wider besseres Wissen falsche Angaben gemacht hat, so ist damit der Beweis geführt, dass dieser sich auch der Rechtswidrigkeit seiner Handlung bewusst war.

Schwieriger ist der Beweis, wenn die Täuschung durch eine Unterlassung der Aufklärung bewirkt worden ist.

In diesem Fall muss der Anfechtende zunächst

---

1) Von dem Beweis für die Einhaltung der Fristen sei hier abgesehen.

beweisen, dass nach dem vorliegenden Vertragsverhältnis oder nach der allgemeinen Verkehrsauffassung eine Aufklärung geboten war.

Was das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit der Unterlassung angeht, so wird dem Anfechtenden der Erfahrungssatz des Lebens zu Hilfe kommen, dass bei einem geschäftserfahrenen Manne die Kenntnis der Aufklärungspflicht vorausgesetzt werden kann.

Auch der Beweis für die Vorstellung des Erfolgs bei dem Täuschenden kann, wenn die Gegenpartei wider besseres Wissen falsche Angaben gemacht hat, für erbracht angesehen werden. Denn ein derartiges Verhalten lässt sich nicht anders als durch den Vorsatz auf die Willensbildung der Mitkontrahenten mittels eines Irrtums einzuwirken, erklären.

In allen diesen Fällen hat der Richter unter freier Würdigung der Beweise und unter genauer Prüfung des Einzelfalles festzustellen, inwieweit der Anfechtende berechtigt war, Aufklärung von dem Gegner zu erwarten.

Sehr bestritten für das Gemeine Recht war die Frage, ob der Anfechtende den Kausalzusammenhang zwischen Irrtum und Willenserklärung beweisen müsse.

M. E. braucht dieser Beweis dann nicht geführt zu werden, wenn ersichtlich ist, dass jeder verständige Mensch durch die Täuschung zu demselben Irrtum und derselben darauf beruhenden Willenserklärung gebracht worden wäre. Trifft indessen diese Annahme nicht zu, so kann immerhin der angeblich Getäuschte beweisen, dass er im konkreten Fall seiner ganzen Anlage und Denkart nach durch das Mittel zu dem Irrtum und der Erklärung gebracht werden musste.

Sache des angeblich Arglistigen wäre es, zu beweisen, dass er mit Recht die faktisch vorliegende Aufklärungspflicht für nicht vorhanden ansehen konnte, oder dass er

sich in einem die Rechtswidrigkeit ausschliessenden Zustande, z. B. in einer Zwangslage befunden habe.

Ihm dürfte aber auch der Beweis nicht abgeschnitten werden, dass der angeblich Betrogene auf einen sonst allgemein für erheblich gehaltenen Umstand gar kein Gewicht gelegt habe[1]).

Diese Ausführungen finden sinngemässe Anwendung auf den Beweis für das Vorliegen von „arglistigem Verschweigen".

Überall, wo der Verkäufer eine bestimmte Tätigkeit angewendet hat oder ein auf besonderes Vertrauen gegründetes Verhältnis zwischen ihm und dem Käufer bestand, wird der Beweis der Arglist keine Schwierigkeit bieten.

Anders in den Fällen, in welchen in dem vorsätzlichen Nichtaufklären über bestimmte Fehler ein arglistiges Verschweigen gefunden wird; in diesen muss dem Verkäufer mindestens die ihm von dem Gesetz auferlegte Haftpflicht für den verborgenen Fehler bekannt sein.

Einen guten Anhaltspunkt für das Vorliegen von Arglist wird der Umstand abgeben, ob das Geschäft dem Verkäufer einen unverhältnismässig grossen Vermögensvorteil gebracht hat. Wurde ein solcher erlangt, so kann vermutet werden, dass dem Verkäufer die Rechtswidrigkeit seines Schweigens bekannt war.

Der Eintritt eines Vermögensschadens für den Kläger braucht nur dann bewiesen zu werden, wenn dieser auf Grund der §§ 463 oder 480 Schadensersatz verlangt.

Wenn auch die freie richterliche Beweiswürdigung

---

1) Vergl. die Ausführungen bei Kretzschmar S. 50.

dem Betrogenen zu Hilfe kommen muss, so darf diese jedoch nicht dazu führen, dass dieser, zumal was das innere Verhalten des Arglistigen betrifft, von dem Beweise überhaupt dispensiert wird.

Wenn der Beweis für das Vorliegen von Arglist zu leicht als erbracht angesehen werden sollte, so wäre das Bestehenbleiben eines jeden Geschäftes, welches der einen Partei Vorteil gebracht hat, stets in Frage gestellt, und somit würde eine grosse Unsicherheit in das Geschäftsleben hineingetragen werden.

§ 11. Die praktische Bedeutung und der Grund der rechtlichen Auszeichnung des „arglistigen Verschweigens".

Im Gegensatz zu der arglistigen Täuschung, welche — abgesehen von der als unverjährbare Einrede gegebenen Möglichkeit der Verweigerung der Gegenleistung [1]) — den Getäuschten nur zur Anfechtung der durch die Täuschung beeinflussten Willenserklärung berechtigt, hat das Gesetz dem Käufer, welcher durch das arglistige Verschweigen des Verkäufers bei dem Kaufabschluss beeinflusst worden ist, ein mehrfaches Wahlrecht gegeben.

Nämlich erstens die Ansprüche auf Wandelung wie auf Minderung. Dann kann der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung, sowie — beim Gattungskauf — Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Ausserdem steht ihm dieselbe Einrede wie dem arglistig Getäuschten zur Seite.

Fraglich ist aber, ob das arglistige Verschweigen den Käufer auch berechtigt, den Kaufvertrag nach § 123 BGB. anzufechten und das negative Vertragsinteresse zu fordern [2]).

---

1) Siehe Crome BGB. II. S. 475 auch Anm. 16.

2) Sind die mangelnden Eigenschaften von der in § 119

M. E. ist hier zu unterscheiden zwischen dem Verschweigen, welches von einer positiven Tätigkeit des Verkäufers (vergl. S. 45 d. A.) begleitet wird, und dem andern rein negativen, welches in einem Unterlassen der Aufklärung besteht.

Das erstere entspricht der arglistigen Täuschung, berechtigt folglich, nach Massgabe des § 123 zur Anfechtung der Willenserklärung[1]). Hingegen scheint mir kein Moment dafür zu sprechen, dass dem Käufer, welcher durch das rechtswidrige Stillschweigen des Verkäufers zu dem Kaufabschluss gebracht oder von diesem nicht abgebracht worden ist, derselbe Anspruch zur Seite steht.

Diese auffallende Erscheinung findet m. E. ihren Grund darin, dass das Gesetz im allgemeinen überhaupt an das Verschweigen nicht die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit des Kaufvertrages knüpft. Mit dieser wäre dem Käufer auch in vielen Fällen gar nicht gedient. Wenn z. B. ein Kaufmann, — etwa ein Bauunternehmer und Holzhändler — welcher ein Quantum Bauholz zu Dachsparren gekauft hat, dieses verwenden will und bei der Errichtung des Daches dann bemerkt, dass er hinsichtlich der Qualität von dem Verkäufer betrogen worden ist, nur den Vertrag anfechten könnte, käme er leicht in eine schiefe Lage.

Denn der Fall kann so liegen, dass das Bauholz für ein Unternehmen, welches keinen Aufschub duldet, verwendet werden sollte — so z. B. den Bau einer Ausstellungshalle oder eines interimistischen Theaters —, dessen Ausführung durch die Anfechtung und der dadurch zurück-

---

Abs. 2 BGB. bezeichneten Art, so kann der Käufer hiernach den Vertrag anfechten (s. Crome BGB. II. S. 444 Anm. 8).

1) Vergl. Crome BGB. II. S. 444 Anm. 5. „Der Käufer kann wegen der Arglist „regelmässig“ den Kauf auch nach § 123 BGB. anfechten.“

wirkenden Nichtigkeit, ganz unmöglich würde. Dem Betrogenen würde zwar ein Anspruch auf Schadensersatz zustehen, jedoch pflegen diese Prozesse langwierig und der Beweis schwer erbringbar zu sein.

Durch das Wahlrecht zwischen den verschiedenen Ansprüchen kann jetzt aber der Betrogene den Erfordernissen der Lage ganz anders Rechnung tragen.

Diese Bestimmungen des Gesetzes entsprechen durchaus unserm Rechtsgefühl und werden auch den Ansprüchen des Verkehrslebens vollkommen gerecht.

Nur in den Fällen, in denen der Tatbestand des Verschweigens dem der Täuschung entspricht, tritt noch das Anfechtungsrecht zu den andern Ansprüchen des Käufers.

Dieser ist also bei einem negativen Einwirken des Verkäufers zur Anfechtung nicht berechtigt. Diese meine Anschauung gründe sich wieder auf den Umstand, dass das Gesetz zwischen „Täuschung“ und „Verschweigen“ unterscheidet.

Wenn das Gesetz nur die Absicht gehabt hätte, die arglistige Täuschung des Verkäufers mit besonderen Rechtsnachteilen zu belegen, so hätte das Gesetz dasselbe Wort anwenden können. In der Wahl des Ausdruckes „Verschweigen“ liegt aber die Betonung des negativen Tuns des Verkäufers gegenüber der Täuschungshandlung, ausgesprochen. Das Verschweigen ist somit kein Spezialfall der Täuschung bei Fehlern und Mängeln der verkauften Sache, sondern es bedeutet eine Erweiterung der Aufklärungspflicht beim Kauf über den allgemeinen Rahmen hinaus. Soweit also das Verschweigen schärfere Anforderungen als die Täuschung an die Aufklärungspflicht stellt, hat deshalb der Käufer auch keinen Anfechtungsanspruch. Die Beziehungen der beiden Begriffe zueinander möchte ich mit zwei Kreisen vergleichen. Der erheblich kleinere von beiden, welcher das Verschweigen darstellt, liegt zu

$^4/_5$ in dem grossen Kreis der Täuschung. Diese $^4/_5$ umfassen die Fälle, in denen das Verschweigen von einer positiven Tätigkeit begleitet ist und damit dem Tatbestand der Täuschung entspricht.

Das fünfte Fünftel bezeichnet aber die Fälle, in denen das vorsätzliche Stillschweigen des Verkäufers rechtswidrig und damit — alle andern Tatbestandsmerkmale vorausgesetzt — arglistig ist.

Wir haben oben gesehen, dass sehr häufig der Tatbestand des arglistigen Verschweigens auch den des strafrechtlichen Betruges enthält.

Das arglistige Verschweigen des Verkäufers kann diesem also sowohl zivil[1]) wie strafrechtliche Nachteile bringen. Wenn man es auch vermeiden muss, überspannte Hoffnungen zu hegen, so werden doch diese schweren Folgen, welche an das arglistige Verschweigen geknüpft sind, in der Zukunft wohl bewirken, dass eine grössere Redlichkeit geübt werden wird. Zumal beim Viehkauf, wo der bisherigen Rechtszersplitterung zufolge, der in diesen Geschäften Unerfahrene oder wirtschaftlich Schwächere den Künsten und Schlichen der Händler kaum gewachsen sein konnte, wird die erschöpfende Behandlung dieses Gebietes eine segensreiche Wirkung haben.

---

1) s. auch die Arbeit von Süssheim.

Benutzte Literatur.

Bandel, Über Dolus und Betrug im Gemeinen Privatrecht. Dissertation. Breslau 1899.

Bechmann, Der Kauf. Erlangen 1876.

Behrend, Der Dolus bei Verträgen nach Gemeinem Recht. Dissertation. Greifswald 1894.

Bendix, Deutsches Privatrecht. Breslau 1899.

Bernhöft, Kauf-, Miet- und verwandte Verträge im Entwurf. Berlin 1889.

Bütow, Zwei Fragen aus der Lehre vom Betrug. Dissertation. Greifswald 1900.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. I. Bd. 3. Auflage. Iena 1900.

Crome, Die Gewährleistung wegen Abwesenheit vorausgesetzter Vorzüge der veräusserten Sache im Arch. f. civ. Prax. Bd. 78 S. 112 fg.

— Partiarische Rechtsgeschäfte. Freiburg 1897.

— System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. I. Bd. Tübingen-Leipzig 1900. II. Bd. 1902.

Dernburg, Pandekten. 6. Aufl. Berlin 1900.

— , Das Bürgerliche Recht. 2. Bd. 1. und 2. Aufl. Berlin 1901.

Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängeln der Sache, in Gruchot's Beiträgen 43 Jahrg. S. 306 fg.

Emerich, Kauf und Werkvertrag. Jena 1899.

Endemann, Einführung in das Studium des Bügerlichen Gesetzbuches. 5. Aufl. 1. und 2. Bd. Berlin 1899.

Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht. 1. und 2. Bd. Marburg 1901.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl. München. 1899.

Franck, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Auflage. Leipzig 1901.

Gareis, Allgemeiner Teil des BGB. Berlin 1900. Kommentar.

Goldmann und Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1901. II. Aufl. 1.

Haager, Zur Lehre vom strafbaren Betrug im Gerichtssaal. Bd. 27 S. 588 f.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. Mannheim 1900.

Hanauseck, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare. Berlin 1884.

Hass, Adäquate und inadäquate Kausalität in Iherings Jahrbüchern. Bd. 37 S. 327 f.

Hasslacher, Haftung des Verkäufers für Fehler und Mängel nach Gemeinem Recht und dem Bügerlichen Gesetzbuch. Dissertation. Erlangen 1897.

Heilbronner, Der Begriff „Unterdrückung wahrer Tatsachen" beim Betruge. München 1898.

Hesse, Zur Lehre von Dolus und Culpa im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 67 S. 203 f.

v. Hippel, Die Vorstellungstheorie, ein kritischer Beitrag zur Vorsatzlehre in der Festgabe der Göttinger Juristenfakultät für Regelsberger. Leipzig 1901.

Hölder, Kommentar zum BGB. I. München 1900.

Kaufmann, Kommentar und Institutionen des BGB. I. Bonn 1900/01.

Kretzschmar, Die Anfechtung der Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung. Dissertation. Rostock 1902.

Laband, Zum zweiten Buch des Entwurfs. Arch. f. civ. Prax. Bd. 74 S. 1 f.

Landsberg, Die sog. Kommissivdelikte durch Unterlassung. Freiburg i. B. 1890.

Lenel, Die Lehre von der Voraussetzung. Arch. f. civ. Prax. Bd. 74 S. 213 f.

— Nochmals die Lehre von der Voraussetzung. Arch. f. civ. Prax. Bd. 79 S. 49 f.

— Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften. Iherings Jahrbücher. Neue Folge Bd. VIII S. 1 f. Jena 1902.

v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 10. Aufl. Berlin 1900.

— Grenzgebiete zwischen Privat- und Strafrecht. Berlin 1899.

— Deliktsobligationen. Berlin 1898.

Leonhard, F., Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse Göttingen 1896.

Leonhard, R., Der Allgemeine Teil des BGB. Berlin 1900.

Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 3/4. Auflage. 1900.

Meissner, Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar. Breslau 1898.

Merkel, Kriminalistische Abhandlungen. I, 1. Lehre vom strafbaren Betrug. Leipzig 1867.

Mommsen, F., Über die Haftung der Kontrahenten. Braunschweig 1859.

Müller, W., Der Betrug beim Vertragsschlusse. Dissertation. Rostock 1900.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar. Berlin 1899.

Oestreich, Über die Einwirkung des Betrugs auf den Vertragsabschluss. Dissertation. Erlangen 1899.

Pernice, Labeo II. Halle 1895.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. 1. und 2. Band. Berlin 1900.

Raschke, M., Der Betrug im Civilrecht, Gem. Civil-Recht und BGB.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Kommentar. Bd I. Berlin 1899.

Scherer, Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar. Erlangen 1897.

Schiedges, Zum arglistigen Verschweigen des Verkäufers. Dissertation. Bonn 1902.

Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. Berlin 1897.

Staffel, Über die Wirkung der peremptorischen Einreden im BGB. Sächs. Archiv Bd. X, 11/12. Heft S. 665.

Stammler, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1897.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6. und 7. Auflage II. Bd. Berlin 1900.

Steinberg, Welche Rechtswirkungen hat nach BGB. die Täuschung, durch welche jemand zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt ist. Dissertation. Marburg 1900.

Stoelzle, Viehkauf. 2. Auflage 1900. Berlin.

Süssheim, Die Rechtsfolgen des arglistigen Stillschweigens bei Kauf, Schenkung und Miete, in den Blättern für Rechtsanwendung, 66. Jahrgang. Seite 205 f., 223 f., 237 f. München 1901.

Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im Bürgerlichen Recht, Tübingen und Leipzig 1901.

Weyl, Das Verschulden, im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 14 S. 79 f.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1901. Frankfurt.

v. Ziegler, Über Betrug beim Vertragsabschluss. Dissertation. München 1870.

Zitelmann, Beiträge: Die Rechtsgeschäfte im Entwurf des BGB. 9. und 10. Heft. Berlin 1890.
Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1. Bd. Leipzig 1900.
— Irrtum und Rechtsgeschäft. Berlin 1879.

Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I u. 2.
Protokolle zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I und II.
Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Lesung 1888.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Lesung 1895.
Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Deutschlands.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
„ „ Reichsgerichts in Civilsachen.
„ „ Reichsgerichts in Strafsachen.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechtes. Leipzig 1901.